

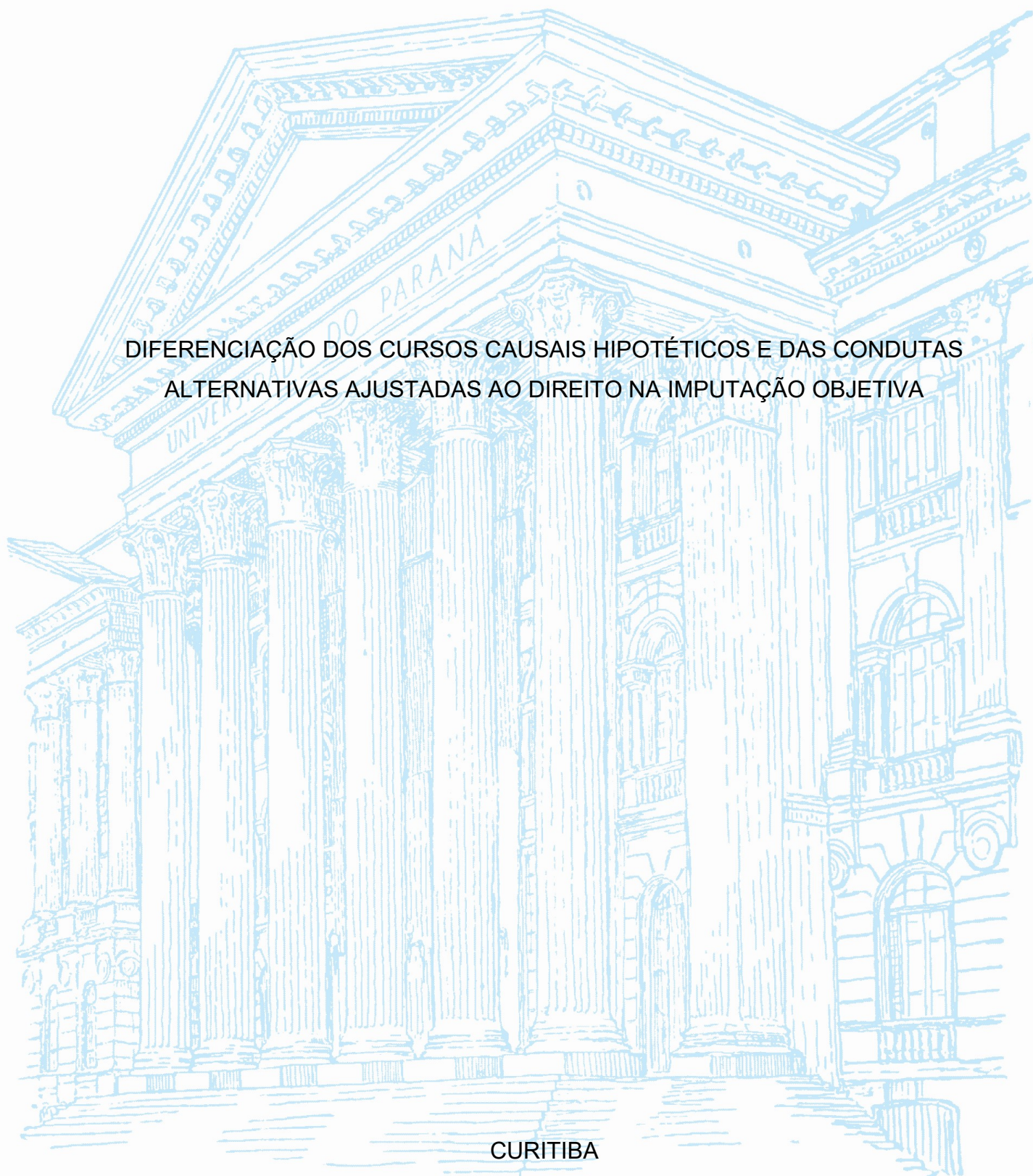
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUÍS FELIPE ZAGHI

DIFERENCIAÇÃO DOS CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS E DAS CONDUTAS
ALTERNATIVAS AJUSTADAS AO DIREITO NA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

CURITIBA

2018



LUÍS FELIPE ZAGHI

DIFERENCIAÇÃO DOS CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS E DAS CONDUTAS
ALTERNATIVAS AJUSTADAS AO DIREITO NA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, Habilitação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIS FELIPE ZAGHI


DIFERENCIAÇÃO DOS CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS E DAS CONDUTAS ALTERNATIVAS AJUSTADAS AO DIREITO NA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

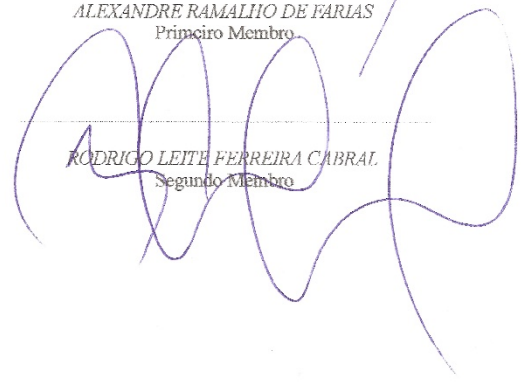
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



PAULO CÉSAR BUSATO
Orientador

Coorientador



ALEXANDRE RAMALHO DE FARIAS
Primeiro Membro

RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL
Segundo Membro

RESUMO

O trabalho investiga a diferenciação entre os cursos causais hipotéticos e as condutas alternativas ajustadas ao direito, a partir do princípio do incremento do risco, defendido por Claus Roxin, e da análise obrigatória de todos os atos que contribuíram para tal incremento, não apenas da conduta investigada isolada, como sugere Ingeborg Puppe. Após expor breve histórico sobre a teoria da imputação objetiva e situar o tema específico, busca promover a diferenciação e indicar, precisamente, suas consequências, com o auxílio da identificação das principais características dos exemplos trazidos na doutrina. A pesquisa visa identificar a natureza de ambos os grupos, bem como averiguar se quem promove um argumento compatível com os cursos causais hipotéticos, após retirar a condição, cria uma realidade alternativa em que a conduta investigada não existiu ou era adequada ao direito e a estende ao presente, fundamentando-a em juízo de probabilidade lastreado no risco prévio que o bem jurídico já corria, seja pelas circunstâncias em que se encontrava, seja pela alta chance que seria prejudicado por terceiro, enquanto que quem argumenta nos moldes dos comportamentos alternativos ajustados ao direito retira a condição e analisa apenas a eficácia do cumprimento da norma de cuidado, negando-lhe sua utilidade no caso concreto, baseando tal assertiva nas provas existentes nos autos.

Palavras-chave: Curso causal hipotético. Conduta alternativa ajustada ao direito. Imputação objetiva. Causalidade. Adequação social. Incremento do Risco. Evitabilidade. Funcionalismo. Finalismo.

ABSTRACT

The paper investigates the difference between the hypothetical causal courses and alternative conducts adjusted to the Law, from the perspective of the risk increase principle, offered by Claus Roxin, and the mandatory review of all acts that contributed to this increase, not limited to the investigated conduct in isolation, as Ingeborg Puppe suggests. After exposing a brief history on the objective elements that must be present, alongside causation, so that liability can be said to exist (originally proposed in Germany as the *Objektive Zurechnung* theories) and situating the specific subject, the study seeks to promote differentiation and to indicate precisely its consequences, through the identification of the main characteristics of the model cases brought in the doctrine. The research aims to identify the nature of both groups, as well as to ascertain if those who promote a compatible argument with the hypothetical causal courses, after removing the condition, create an alternate reality where the investigated conduct did not exist or was legally adequate and extend it to the present, establishing the allegation on a probability judgment backed on the previous risk that the protected legal interest was already running, based whether on the circumstances in which it was involved, or on the high chance that it would be harmed by another person, while those who argue along the lines of the alternative conducts adjusted to the Law remove the condition and only analyze the effectiveness of the compliance with the rule that sets the duty of care, denying its usefulness in the case because of the existing evidence in the records.

Keywords: Hypothetical causal course. Alternative conduct adjusted to the Law. Objective elements of liability. Causation. Social suitability. Risk increase. Evitability. Functionalism. Finalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA	8
3 BREVE HISTÓRICO DAS TEORIAS DA CAUSALIDADE	10
3.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS	10
3.2 TEORIA DA ADEQUAÇÃO	11
3.3 TEORIA DA RELEVÂNCIA	12
4 CONTEXTO HISTÓRICO PRÉVIO ÀS ATUAIS TEORIAS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	14
4.1 RICHARD HONIG E A PRIMEIRA FORMULAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	14
4.2 FINALISMO E ADEQUAÇÃO SOCIAL	16
5 ESCRITORES CONTEMPORÂNEOS QUE ESTUDAM A IMPUTAÇÃO OBJETIVA: HISTÓRICO E TEORIAS	23
5.1 O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN	23
5.2 O FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS	32
5.3 A RESPOSTA CRÍTICA DE WOLFGANG FRISCH: DEFESA DO FUNDAMENTO MATERIAL DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA ROXINIANA E TEORIA DA CONDUTA TÍPICA	36
6 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CASOS REFERIDOS COMO “CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS” E OS REFERIDOS COMO “CONDUTAS ALTERNATIVAS AJUSTADAS AO DIREITO”	43
6.1 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O TEMA	43
6.2 ANÁLISE DOS CASOS APRESENTADOS COMO EXEMPLOS DE “CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS”	46
6.3 ANÁLISE DOS CASOS APRESENTADOS COMO EXEMPLOS DE “COMPORTAMENTOS ALTERNATIVOS AJUSTADOS AO DIREITO”	50
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O trabalho procurará explicar a partir de quando se notou as insuficiências da teoria da equivalência das condições, marco da causalidade como atualmente disposta em nosso sistema, bem como exporá as tentativas de resolver tais problemas por meio das teorias da adequação e da relevância.

Em seguida, abordar-se-á a primeira formatação da teoria da imputação objetiva e suas repercussões (de caráter secundário, dado que não teve adoção imediata) nas construções atuais. Jogar-se-á luz, ainda, na teoria da adequação social, tanto no que concerne a seu período inicial, mais próximo, do ponto de vista de suas bases filosóficas, à imputação objetiva, quanto ao seu posterior apequenamento por Welzel, decorrente do seu giro à defesa de posições ontologicistas, contra o positivismo.

Na sequência, virá o pensamento roxiniano, que, sem menosprezar todas as posições finalistas, critica os fundamentos da teoria final da ação, em prol de uma valorização dos aspectos normativos do direito, ainda longe, porém, do radicalismo jakobsiano nesse aspecto. Tudo isso para preparar o terreno para se poder tratar do assunto (imputação objetiva), não somente sob a perspectiva de Roxin, mas também sob a de Jakobs e a de Frisch.

Encaminhando-se para a parte final, expor-se-á os pensamentos doutrinários que embasam a posição aqui defendida sobre o tema específico da monografia, seguida da análise dos exemplos encontrados nos livros que tratam do assunto para, através do método indutivo, identificar-se os atributos de cada grupo de casos, o que também permitirá a exposição de suas reais naturezas e consequências.

2 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Um dos traços distintivos da humanidade é, sem dúvida, a possibilidade de imputar, ou seja, de atribuir um resultado como consequência de uma ação anterior. Desde, ao menos, a época em que se reconheceu a autonomia da “ciência” do direito, estuda-se essa questão no âmbito do direito penal. Inicialmente, propunha-se uma solução muito simples, até hoje presente em nosso sistema, que consiste em retirar a condição modificadora do meio físico e verificar se, ainda assim, o resultado se produziria. Em caso positivo, nega-se a causalidade. A resiliência desse método é uma evidência de sua utilidade, mas, com o passar do tempo, gradativamente foi-se encontrando inconsistências, desde a não restrição da retirada de condições anteriores ao fato, mas que também influenciaram no resultado, até a resolução injusta de casos em que o resultado, não obstante ligado à ação, era completamente imprevisível ao agente. Parte da doutrina procurou resolver tais celeumas modificando o conceito de causalidade, mas não obteve eco na jurisprudência, que se socorria à análise do dolo ou da culpa para julgá-los. Em 1930, o jurista alemão Richard Honig teve uma ideia inovadora para a época, mas que, então, também foi rejeitada: ao invés de criar um conceito jurídico de causalidade, manteve o derivado das ciências naturais, acrescentando, porém, a valoração jurídica, mas em elemento separado. Nascia, aí, a imputação objetiva, conceito que seria resgatado na década de 1960 por Roxin e que, mais tarde, finalmente ganharia tração na doutrina dominante alemã. A imputação objetiva, portanto, trata dos requisitos que se deve ter, para além da causalidade, para que se possa considerar que, do ponto de vista objetivo, o resultado (ou ainda, o próprio tipo, a depender do autor) foi consequência da ação em tela.

Embora cada jurista que estude a área possa defender critérios diferentes para que se possa imputar, todos eles terão de, necessariamente, conformar-se a certas premissas imutáveis. De um lado, afirma-se que o agente que interfere no curso causal, aumentando, ainda mais, a chance de dano ao bem ou, mais restritivamente, a possibilidade da ocorrência do resultado, deve ser imputado, independentemente da situação anterior do bem jurídico. De outro, porém, assevera-se a necessidade de que a conduta tenha tido ao menos algum potencial para provocar o resultado. A operacionalização dessas bases, em ambos os casos, dá-se

através da formulação de hipóteses. Denomina-se “curso causal hipotético” a hipótese que deve ser descartada de plano da valoração, não interferindo na imputação, porque tentou se valer do estado atual do bem jurídico para afirmar que, como sua probabilidade de afetação já era alta, a conduta que comprovadamente alterou o curso causal, piorando a situação do bem jurídico, não teve qualquer importância. “Conduta alternativa ajustada ao direito” ou “comportamento alternativo ajustado ao direito”, por sua vez, são nomes dados à hipótese que, ajustando o comportamento aos limites tolerados pelo ordenamento jurídico, demonstra que: a) a conduta, ao menos possivelmente, não produziu o resultado (teoria da evitabilidade) ou b) a ação não incrementou o risco de afetação do bem jurídico (teoria do incremento do risco).

A diferenciação entre eles é um desafio que foi pouco tratado¹, mas que será enfrentado no presente trabalho. Para tanto, além de expor quais são as definições fornecidas pela doutrina, far-se-á um levantamento dos casos utilizados para exemplificar cada um dos conceitos, para, ao fim, através de análise comparativa, identificar as características particulares de cada um, bem como explicitar quais são as consequências que devem ser extraídas de cada situação. Antes disso, porém, será feita revisão bibliográfica, com o objetivo de narrar os principais contornos históricos da imputação objetiva, desde sua pré-história como conceito independente, até a contemporaneidade, por meio de três teorias (roxiniana, jakobsiana e frischiana).

¹ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

3 BREVE HISTÓRICO DAS TEORIAS DA CAUSALIDADE

Todas as teorias do delito, desde Von Lizst, reconheciam a necessidade de se imputar objetivamente e subjetivamente. Em todas as teorias do delito até o finalismo, porém, por conta da adoção de um conceito de ação ontológico, entendia-se que a causalidade era o único elemento necessário, no plano objetivo, para conectar o agente ao resultado de sua ação². Importante, então, identificar as principais teorias sobre a causalidade.

3.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS

Denominada também de teoria da condição simples ou de teoria da *conditio sine qua non*, estabelece que “causa é tudo aquilo que contribuiu de algum modo para o resultado”³. Von Buri propôs que fosse utilizado o processo hipotético de eliminação, de autoria de Thyren, segundo o qual dever-se-ia eliminar mentalmente a condição para verificar se, sem sua presença, o resultado ainda se manteria o mesmo⁴.

Tese adotada expressamente pelo Código Penal, desde 1940, conforme a redação do artigo 13, *caput*, *in fine*: “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Defende um conceito de causa próprio das ciências naturais, mas de modo inconsistente, visto que, originalmente, “causa” é entendida como a soma de todas as condições que levam a um resultado, enquanto que, ao ser apropriada pelo direito, passa a ser compreendida como cada condição individual, ainda que esta não seja, por si só, suficiente para a deflagração do resultado⁵.

Criticou-se essa teoria pela incapacidade de resolver os casos em que os resultados eram inesperados. Seus defensores que não adotavam nenhum critério normativo adicional respondiam que, nesses, faltaria a culpabilidade, porque desenvolvimentos inesperados ou raros não seriam previsíveis para o autor, ou que

² BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5.

³ Idem. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.

⁴ Id. *Ibid*.

⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 348. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

não existiria dolo, porque o resultado alcançado não foi aquele concebido pelo agente⁶. Também pela falta do elemento subjetivo, proibia-se o regresso *ad infinitum*⁷. Há ainda, dificuldades em relação aos crimes tentados (quando não há, concretamente, nada a se retirar) e em relação aos crimes omissivos (pois é difícil afirmar, convictamente, se o resultado teria mesmo ocorrido, caso o indivíduo não tivesse se omitido)⁸. Para Jakobs⁹, a teoria da equivalência é supérflua, pois o exercício da supressão mental só determinará a causalidade se se souber previamente que o elemento a ser retirado é causal.

3.2 TEORIA DA ADEQUAÇÃO

A teoria da adequação, criada por Johannes von Kries, abandonava o conceito puramente naturalista da causa, em favor de um mais próprio ao direito penal, dado que considerava causais apenas os atos que tendencialmente poderiam provocar o resultado típico, entendendo como juridicamente sem importância aquelas condições que apenas por acaso levaram ao resultado¹⁰. Mais tarde, Engisch¹¹ atualizou o conceito de condição adequada, que passou a ser entendida como aquela que, de forma não irrelevante, torna mais provável o resultado. Atualmente, também se entende que o juiz deve ter por referência, para julgar a existência da adequação, a prognose póstuma objetiva, ou seja, tomar como base, em sua atuação (póstuma ao fato), o ponto de vista de um expectador, o qual deve saber, além do que se espera de uma pessoa prudente, também os conhecimentos especiais do autor¹².

Possui como vantagens a vedação do regresso *ad infinitum*, e a solução dos casos cujo resultado o agente não poderia prever, sem a necessidade de se

⁶ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 25. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

⁷ BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20.

⁸ Ibidem, p. 21.

⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 227. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 359. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹¹ ENGISCH, 1931, p. 41 ss. apud ROXIN, Claus, op. cit., p. 360.

¹² ROXIN, Claus, op. cit., p. 360.

adentrar na verificação do dolo ou da culpa¹³. Segundo Jakobs¹⁴, a necessidade de se restringir o próprio conceito de causa para não abarcar os acontecimentos imprevisíveis se deu principalmente porque, na Alemanha, até 1953 não se exigia dolo ou imprudência para a responsabilização do agente pelas consequências nos delitos qualificados pelo resultado¹⁵.

Não ficou livre de crítica a teoria da causalidade adequada. Isso porque não se trata de uma teoria sobre a causalidade, pois concerne, de fato, à própria imputação, ao pretender introduzir um critério axiológico, uma vez que relativo não à causa, mas à relevância jurídica da ação. Tanto é assim que, para empregá-la, deve-se primeiro encontrar a causa, do modo como prescreve a teoria da equivalência dos antecedentes causais, para depois proceder à indagação de se a condição é adequada ou não. Além disso, como teoria da imputação, a adequação, por si só, é insatisfatória, porque ainda imputa os tipos penais em situações que, por outras razões normativas, deveriam estar fora do âmbito de incidência da lei penal, como os casos de redução do risco¹⁶.

3.3 TEORIA DA RELEVÂNCIA

A teoria da relevância rejeita a tese de que se deve adotar um conceito jurídico de causa. Ao invés disso, propõe que se adote um conceito conforme a ciência em geral (isto é, conforme o que propunha a teoria da equivalência das causas), o qual, porém, não é suficiente para justificar a responsabilidade penal¹⁷. Para chegar a esta, o jurista deve analisar, além da causa, outros requisitos: a relevância jurídica, nome dado à interpretação da tipicidade do resultado, reconhecendo Mezger que cada tipo pode estabelecer pressupostos específicos que devem estar presentes para que se possa imputar; e se há a presença do dolo ou da

¹³ BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 24.

¹⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 238. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹⁵ Neste ano, foi incluído no Código Penal Alemão o § 18, similar ao artigo 19 do Código Penal Brasileiro.

¹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 360-361. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹⁷ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Libro de Estudio. Parte General**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958, p. 109. Tradução de: Ricardo C. Núñez.

culpa¹⁸. A relevância será afirmada através dos mesmos fundamentos da teoria da adequação (prognose póstuma objetiva), uma vez que não foram estabelecidos parâmetros adicionais¹⁹.

Uma vez estudadas as teorias da causalidade, faz-se necessário, antes de proceder à análise das teorias contemporâneas da imputação objetiva, entender que surgiram depois de um contexto histórico específico, adiante abordado.

¹⁸ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: Libro de Estudio. Parte General. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958, p. 118. Tradução de: Ricardo C. Núñez.

¹⁹ LARRAURI PIJOAN, Elena. Introducción a la Imputación Objetiva. **Nuevo Foro Penal**, [S.l.], n. 46, p.425-439, dez. 1989, p. 429. Semestral. Disponível em: <publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4143/3387>. Acesso em: 09 set. 2018.

4 CONTEXTO HISTÓRICO PRÉVIO ÀS ATUAIS TEORIAS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A imputação objetiva, do modo como é conhecida hoje, teve antecedentes que merecem menção. O mais importante deles foi a primeira construção da teoria, mas também o próprio finalismo, por ter consistido em um substrato à crítica de Roxin, foi essencial aos desenvolvimentos posteriores. Do mesmo modo, também se faz necessário abordar a teoria da adequação social, por apresentar notáveis semelhanças com a teoria da imputação objetiva, apontando, assim, que o caminho percorrido por ela já poderia ter sido seguido há muito mais tempo, não fosse a mudança de opinião de Welzel.

4.1 RICHARD HONIG E A PRIMEIRA FORMULAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O primeiro estudo sobre a imputação objetiva em sede penal foi escrito por Richard Honig, o qual, por sua vez, baseou-se nos escritos de Karl Larenz, autor civilista²⁰. Larenz procurou relacionar o pensamento hegeliano à imputação objetiva. Para Hegel²¹, o direito partia da vontade livre, e agia no campo da liberdade realizada. A vontade atuava guiada pela representação das circunstâncias, mas mesmo esse processo (interno) de representação poderia não ser perfeito, sendo imputável apenas o que foi representado²². Em relação à ação exteriorizada que, por circunstâncias alheias, produzira um resultado muito distante da representação, afirmava o filósofo:

Transportada para a existência exterior, a ação que se desenvolve em todos os seus aspectos segundo as suas relações com a necessidade exterior tem resultados diversos. Tais resultados, como produtos de que a ação é a alma, são seus, pertencem à ação, mas esta, ao mesmo tempo, como fim projetado na extrinsecidade, fica entregue às forças exteriores que lhe acrescentam algo de muito diferente daquilo que ela é para si e a desenvolvem em resultados longínquos e estranhos. Também aqui a

²⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12 (Clássicos). Tradução de: Orlando Vitorino. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1820.

²² Ibidem, p. 104.

vontade possui o direito de só perfilhar os primeiros resultados, pois só esses estavam nos seus propósitos²³.

Como se pode notar, Hegel reconhecia que não há como se ter conhecimento de todas as circunstâncias. A imputação poderia ocorrer somente se, com a exteriorização da vontade, fossem produzidos resultados a partir das condições que se compreendia como sendo modificáveis pela ação proposital. Larenz²⁴ percebeu que tal filtro era objetivo, pois não se referia ao que se pretende, mas ao que se pode pretender; em outras palavras, ao “objeto possível da vontade”.

Honig, por sua vez, transpôs essa ideia à seara penal, com o fito de resolver os cursos causais hipotéticos e os acontecimentos em que o agente estava impossibilitado de agir – critério de exclusão da imputação nos crimes omissivos, apontado por Roxin²⁵ –, sem avançar sobre a esfera da culpabilidade (em que se analisava, à época, o dolo ou a culpa), mas, ao mesmo tempo, sem deixar de considerar correto o conceito naturalista de causa: primeiro deveria ocorrer a verificação da relação de causalidade; após, em aspecto autônomo (o da imputação objetiva), o jurista deveria analisar a questão mais essencial para o direito, qual seja, a de se o resultado poderia ser considerado como obra de alguém, que seria, conseqüentemente, imputado²⁶. O fundamento da imputação, denominado de “pretendibilidade objetiva”, era muito similar a Hegel: somente existiria a possibilidade de se imputar resultados que eram consequência da manifestação de vontade controladora do curso causal²⁷.

Admitia Honig²⁸ que, apesar das origens hegelianas da teoria, a proposta neokantiana (provavelmente se referindo à teoria da adequação) chegava a

²³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 105 (Clássicos). Tradução de: Orlando Vitorino. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1820.

²⁴ LARENZ, 1970, p. 68 apud BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 08.

²⁵ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986b, p. 146. Cap. 4. p. 145-168. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1970.

²⁶ FRISCH, Wolfgang. La Imputación Objetiva: El Estado de la Questión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el Estado de la Teoría del Delito**: Seminário en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000, p. 22-23. Cap. 1. p. 19-67. Tradução de: Ricardo Robles Planas.

²⁷ Ibidem, p. 23.

²⁸ HONIG, 1930, p. 181-182 apud ROXIN, Claus. Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986b, p. 146-147. Cap. 4. p. 145-168. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1970.

resultados bastante próximos. No entanto, procurava depreender sua teoria dos princípios gerais do direito, tornando-a livre de vinculação a qualquer pensamento filosófico específico.

4.2 FINALISMO E ADEQUAÇÃO SOCIAL

Hans Welzel, expoente do finalismo, defendia a teoria da equivalência dos antecedentes. Para entender porque, é necessário examinar sua crítica ao neokantismo, exposta no livro “Introducción a la Filosofía del Derecho”. Explicava que, em meados do século XIX, o hegelianismo e o idealismo em geral entraram em crise. Nesse período, ascendeu o positivismo, filosofia que pregava a diminuição da influência da razão, a qual era substituída pelos sentidos, os quais utilizavam parâmetros científicos para compreender o mundo. Aplicado ao direito, o positivismo (jurídico) pregava que o jurista se focasse exclusivamente na realidade do direito, isto é, no direito positivo. Tudo o que não pertencia à “realidade” tinha sua cientificidade questionada, inclusive a própria dogmática jurídica. O que estava contido nas normas, o valor delas, não importava, e nem impactava sua validade no ordenamento jurídico. É o que se chama de “conceito estrito do direito”²⁹.

O neokantismo, continuava, apesar de suas diferenças, não passava de uma variante complementar do positivismo jurídico³⁰. O escritor neokantista Stammler³¹ diferenciava, quanto ao significado, o conceito (formal) do direito, que era uma espécie do gênero “atos de vontade”, caracterizada pelo conteúdo jurídico, da ideia do direito, que era o fundamento (“ideal”) do direito positivo. Quanto ao conteúdo, defendia que a ideia do direito deveria ser a pureza da vontade³², contudo admitia a possibilidade de que indivíduos utilizassem seu poder para realizar fins muito diversos, inclusive reprováveis, o que poderia dar azo à criação de um direito injusto, mas, ainda assim, hígido, quanto à sua validade³³. Radbruch, jurista também neokantista, examinava com mais nuances a porção axiológica, dividindo-a em

²⁹ WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho**: Derecho Natural y Justicia Material. Madrid: Aguilar, 1977, p. 191-194. Tradução de: Felipe González Vicén. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951.

³⁰ Ibidem, p. 198-199.

³¹ STAMMLER, Rudolf. **La Génesis del Derecho**. Madrid: Calpe, 1925, p. 48, 95. Tradução de: W. Roces.

³² Ibidem, p. 139.

³³ Ibidem, p. 93-94.

três³⁴, mas aduzia que nenhuma das formas de organização era melhor que a outra: teoricamente, o julgador, assim como todos os indivíduos, poderia escolher qualquer uma delas, de acordo com sua ideologia predileta, em conformidade com sua opinião a respeito do direito e do Estado³⁵; não o faz porque está submetido a dinâmicas de poder, necessárias para manter a segurança e a ordem³⁶. Quem exerce poder é quem define o que é, ou não, jurídico, tornando inválidas, para o direito, as outras concepções de justiça³⁷. Welzel³⁸ percebeu que, sob o verniz do “apenas” ideal, os neokantistas, quanto ao papel que deveria ser efetivamente desempenhado, continuavam aplicando o “conceito estrito do direito”.

De forma coerente à sua crítica ao positivismo, esclareceu que o objetivo do jurista deveria ser o de encontrar os limites à atividade do legislador, ao invés de considerar igualmente válidas todas as normas, independentemente de seu conteúdo³⁹. Propôs, então, a teoria final da ação, cujo ponto central era o seguinte: o que distinguia o homem do restante da natureza era o fato de que poderia ordenar, racionalmente, suas atividades conforme a fins, razão pela qual poderia ser responsabilizado por seus atos⁴⁰. O direito penal poderia incidir apenas sobre ações com sentido de finalidade. Essa premissa levou a duas consequências: aduzir que o direito penal versava sobre ações excluía tudo o que era materialmente impossível⁴¹,

³⁴ As formas de convívio podem ser a sociedade individualista, que dá mais valor ao indivíduo, estando, a seu serviço, o Estado e a cultura – sendo exemplos a democracia (entendida como um modelo em que a democracia formal é “materializada”) o liberalismo (construído a partir do respeito aos direitos do homem, inclusive contra a maioria), e o socialismo – a coletividade supra-individual, em que o homem e a cultura estão à disposição da Nação – regimes autoritários ou conservadores – e a comunidade transpessoal, com foco na cultura, que não foi adotada por nenhuma forma de pensamento (embora se encontrem elementos de transpessoalidade nas demais concepções), mas serve como parâmetro para analisar grupos do passado, os quais só se pode conhecer através dos atributos culturais. A presente nota explicativa baseou-se em RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. rev. acr. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 126-157 (STVDIVM). Tradução e Prefácio de: L. Cabral de Moncada.

³⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. rev. acr. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 160 (STVDIVM). Tradução e Prefácio de: L. Cabral de Moncada. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1932.

³⁶ Ibidem, p. 180.

³⁷ Ibidem, p. 179.

³⁸ WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1977, p. 199. Tradução de: Felipe González Vicén. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951.

³⁹ Idem. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. VIII. Tradução de: Carlos Fontán Balestra. Tradução de obra originalmente publicada na Alemanha no ano de 1940.

⁴⁰ Ibidem, p. 35-36.

⁴¹ WELZEL, Hans, op. cit. 1977, p. 256-257.

enquanto que a finalidade filtrava os atos sobre os quais o indivíduo não possuía qualquer controle⁴².

Apesar de, posteriormente, resolver os casos de processos inadequados por meio da ausência de dolo ou de culpa (proibição de regresso), uma tese de Welzel, apresentada no texto “Estudios sobre o Sistema do Direito Penal”, de 1939, mas posteriormente descartada pelo próprio jusfilósofo, apresentava muitas similaridades com a teoria da imputação objetiva. Afirmava o escritor que, para caracterizar um delito consumado, dever-se-ia ter, além da causalidade, a ação final e, ocasionalmente, a evitabilidade da causação. Porém, para que o conceito de ação final não se esgotasse apenas em uma abstração, era necessário aferir seu significado social: não haveria ação, no sentido do tipo, se fosse “socialmente adequada”. Socialmente adequadas são “todas aquelas atividades nas quais a vida em comunidade se desenvolve segundo a ordem historicamente estabelecida”⁴³.

Começava seu raciocínio realizando uma crítica ao causalismo. A questão da causalidade, inicialmente insignificante na teoria do delito, fora dilatada para abranger todo o aspecto do “ser”⁴⁴, transformando toda ocorrência delitiva em processos de causação⁴⁵. Agregada a essa concepção, estava uma particular visão acerca do bem jurídico, então dominante. O bem jurídico, cuja lesão compunha todo o injusto⁴⁶, era entendido como se inserto em um contexto estático, passível de danificação apenas pela prática de delitos⁴⁷. A vida em sociedade, porém, impunha que a própria existência dos bens jurídicos estivesse vinculada à necessidade de que fossem funcionais, causando e suportando efeitos, o que fazia com que fossem permanentemente consumidos e restituídos. A realidade social, ademais, dependia que, a todo momento, os bens jurídicos – inclusive a vida – fossem postos em risco,

⁴² WELZEL, Hans, **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 36. Tradução de: Carlos Fontán Balestra. Tradução de obra originalmente publicada na Alemanha no ano de 1940.

⁴³ WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho**: Derecho Natural y Justicia Material. Madrid: Aguilar, 1977, p. 50. Tradução de: Felipe González Vicén. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951. Tradução nossa.

⁴⁴ MAYER, 1936, p. 163 ss. apud WELZEL, Hans. Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, p. 16, p. 15-120. (Maestros del Derecho Penal). Tradução de: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Tradução recente de obra publicada na Alemanha no ano de 1939.

⁴⁵ WELZEL, Hans. Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, p.16, p. 15-120. (Maestros del Derecho Penal). Tradução de: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Tradução recente de obra publicada na Alemanha no ano de 1939.

⁴⁶ Ibidem, p. 43.

⁴⁷ Ibidem, p. 47-48.

ou mesmo lesionados, sem que tais ações arriscadas fossem sancionadas pelo direito⁴⁸.

A função objetiva da vontade era a antevisão das potenciais consequências das ações e a regulação da intervenção intencional, conforme a um fim, formando-se, assim, o sentido. Tal função objetiva se restringia às situações em que ocorrera concretamente a antevisão e a regulação. Se não havia qualquer um desses dois fatores, o que se tinha era uma resultante causal cega (e não final), por duas razões: ou a circunstância não era previsível, porque era fruto do mero acaso, ou era previsível e evitável. A função subjetiva da vontade, por sua vez, era a decisão em favor da realização da ação⁴⁹. A função subjetiva da vontade justificava o juízo de culpabilidade⁵⁰, enquanto que a função objetiva permitia distinguir entre os delitos dolosos e os culposos. Estes se diferenciavam pelo tipo do injusto, sendo que o delito doloso exige a atividade final, enquanto que o culposos se caracterizava pela ação causal previsível e (finalmente) evitável, ou por uma ação final em que o agente, imprudentemente, não possuía conhecimento suficiente acerca do conteúdo ou do objeto especificado no tipo⁵¹. Sabe-se que, posteriormente, o delito doloso foi alçado à posição de maior destaque na teoria final da ação, mas era a infração culposa o campo fértil para a aplicação da adequação social em seu sentido inicial, pois nela, de regra, é ausente a finalidade para o resultado⁵². Importante destacar que havia menção expressa, nesse momento, no sentido de que a adequação social deveria ser investigada tanto nos delitos culposos, como nos dolosos⁵³.

Tipo penal, para Welzel, era “injusto tipificado”, razão pela qual a inadequação social era elemento imprescindível para determinar o exato sentido dos vocábulos presentes no tipo penal. Assim, não era correto afirmar-se que o soldado pratica

⁴⁸ WELZEL, Hans. Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, p. 48-49. p. 15-120. (Maestros del Derecho Penal). Tradução de: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Tradução recente de obra publicada na Alemanha no ano de 1939.

⁴⁹ Ibidem, p. 32-33.

⁵⁰ Ibidem, p. 33.

⁵¹ Ibidem, p. 53-54, 104-105, 111.

⁵² CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría Final de la Acción e Imputación Objetiva: Consideraciones sobre la Teoría de la Adecuación Social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 55, p.135-161, jul./ago. 2005. Bimestral. Disponível em: <<https://bit.ly/2OCFrHh>>. Acesso em: 09 out. 2018.

⁵³ WELZEL, Hans, op. cit., p. 108.

homicídios durante uma guerra, porque o direito tolerava lesões ao bem jurídico “vida” nesse contexto⁵⁴.

Os termos utilizados por Welzel ao longo do texto (como “sentido” ou “comunicação”) conduzem ao pensamento de que a adequação social não deve ser interpretada literalmente⁵⁵, sob pena de delimitar seu significado a mera “remissão ao desvalor social que é imanente ao injusto e constitui seu fundamento material” – expressão de Roxin⁵⁶. Mais do que indicar a reprovação da sociedade, Welzel⁵⁷ pretendia, nesse momento, indicar a natureza funcional dos bens jurídicos, como já explicado, e as mudanças de valoração e ordenação social causadas pela evolução histórica das formas que orientavam a vida comunitária, aspecto que o próprio penalista classificava como “normativo e valorativo”.

Welzel iria modificar, de modo significativo, seu próprio ponto de vista acerca da adequação social, por duas vezes. Primeiramente, por conta de uma modificação no seu entendimento acerca do dolo, transformara-a em uma causa de justificação consuetudinária⁵⁸. Por fim, a partir da edição espanhola do “Novo Sistema do Direito Penal”⁵⁹, pelo motivo de que as causas de justificação eram aplicáveis apenas em situações excepcionais, em que se dava uma autorização para a prática de ações típicas, enquanto que a adequação social se referia a ocorrências normais, recolocou-a no âmbito do tipo, porém apenas como critério de interpretação, que indicava o campo de normalidade da liberdade social, no sentido de advertir ao leitor da norma à necessidade de realizar a exegese levando em consideração o caráter histórico e social do direito penal.

⁵⁴ WELZEL, Hans. Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, p. 64-67, p. 15-120. (Maestros del Derecho Penal). Tradução de: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Tradução recente de obra publicada na Alemanha no ano de 1939.

⁵⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría Final de la Acción e Imputación Objetiva: Consideraciones sobre la Teoría de la Adecuación Social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 55, p.135-161, jul./ago. 2005. Bimestral. Disponível em: <<https://bit.ly/2OCFrHh>>. Acesso em: 09 out. 2018.

⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 295. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

⁵⁷ WELZEL, Hans, op. cit., p. 51, nota 39.

⁵⁸ ROXIN, Claus, op. cit., p. 293.

⁵⁹ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 85, 88 (Maestros del Derecho Penal). Tradução e Notas de: José Cerezo Mir. Reedição recente de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951.

Concomitantemente ao declínio da importância da adequação social, há um aumento da relevância do ontologismo na teoria welzeliana. Nessa segunda fase, alertava que existem “fronteiras imanentes”, decorrentes da natureza do objeto a ser estudado, anteriores à interpretação e vinculantes a ela. Nos interstícios entre interpretação e objeto, encontravam-se as “noções de validade permanente na doutrina do direito natural”. À lei só era permitido versar sobre os homens, excepcionando-se as condutas que fossem materialmente impossíveis. Por conseguinte, deveria concernir às ações dotadas de finalidade, as quais, como parte do direito natural, eram requisitos para as valorações que porventura fossem realizadas⁶⁰.

A partir dessas soluções, conclui Busato⁶¹ que a teoria final da ação era neo-ontologista, pois “partia da ideia de que determinadas estruturas da realidade vinculavam o direito e estabeleciam as bases sobre as quais seria construído o modelo de imputação”. Natural, portanto, a adoção da teoria da equivalência, menos dependente de fatores axiológicos (adequação ou relevância).

Uma crítica que se realiza comumente à adequação social é seu caráter impreciso. Para Cancio Meliá⁶², isso é consequência do modo como foi construída, de um conceito geral para, somente após, ser aplicada nos exemplos específicos. Por meio da adequação social, eram resolvidos casos que, na teoria da imputação objetiva, seriam qualificados como criação de risco juridicamente irrelevante⁶³, como o conhecido caso do “tio rico” (enviado em viagem esperando que um acidente ocorra); a plantação de beladona em um parque público, para que alguém ingira uma de suas partes e morra; a prática de esportes; o trabalho; o tráfego de veículos

⁶⁰ WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho**: Derecho Natural y Justicia Material. Madrid: Aguilar, 1977, p. 256-257. Tradução de: Felipe González Vicén. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951.

⁶¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228.

⁶² CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría Final de la Acción e Imputación Objetiva: Consideraciones sobre la Teoría de la Adecuación Social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 55, p.135-161, jul./ago. 2005. Bimestral. Disponível em: <<https://bit.ly/2OCFrHh>>. Acesso em: 09 out. 2018.

⁶³ Tanto em Welzel, como em Roxin, diferencia-se a não criação de perigo da criação de perigo juridicamente permitido (na teoria da imputação objetiva roxiniana, como dois grupos de casos diferentes, enquanto que, na teoria da adequação social, como duas subespécies de ações adequadas socialmente). Neste trabalho, segue-se a orientação de BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 188 p, no sentido de que em ambas as circunstâncias, bem como na hipótese de diminuição do risco, não se produzem riscos juridicamente relevantes, de modo que a divisão é desnecessária.

e o transporte ferroviário, entre outros⁶⁴, ou ainda, acontecimentos que poderiam ser exemplificados pelas lesões corporais que não trouxessem nenhum prejuízo à vítima⁶⁵, os quais, contemporaneamente, seriam entendidos como afetação insignificante do bem jurídico. As soluções atuais devem prevalecer, principalmente por conta da segurança jurídica: a delimitação do risco permitido é um critério mais exato, enquanto que a interpretação restritiva dos tipos deve, necessariamente, evidenciar qual é o bem jurídico que a norma pretende proteger, e explicar porque, no caso concreto, não se prejudicou aquele bem jurídico específico⁶⁶.

Para Roxin⁶⁷, embora haja méritos na aplicação do conceito da adequação social, principalmente quanto ao aperfeiçoamento das discussões, Welzel não deu importância suficiente ao papel dos juristas e dos legisladores – além da sociedade em geral – na elaboração dos valores que orientam a interpretação dos conceitos jurídicos.

⁶⁴ WELZEL, Hans. Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, p. 48-49, 51-52. (Maestros del Derecho Penal). Tradução de: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Tradução recente de obra publicada na Alemanha no ano de 1939.

⁶⁵ Idem. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 87. (Maestros del Derecho Penal). Tradução e Notas de: José Cerezo Mir. Reedição recente de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951

⁶⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 296-297. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal

⁶⁷ Idem. Finalismo: Um Balanço entre seus Méritos e suas Deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 65, p.9-25, mar./abr. 2007. Bimestral. Tradução de: Marina Pinhão Coelho. Disponível em: <<https://bit.ly/2RParFY>>. Acesso em: 14 out. 2018.

5 ESCRITORES CONTEMPORÂNEOS QUE ESTUDAM A IMPUTAÇÃO OBJETIVA: HISTÓRICO E TEORIAS

A seguir, serão apresentadas as linhas gerais de três juristas que estudam, hodiernamente, a teoria da imputação objetiva.

5.1 O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

A partir dos anos 60, Claus Roxin formula uma série de críticas ao finalismo, doutrina então prevalecente. Para o insigne jurista alemão, o conceito de ação, inicialmente pouco relevante, por ter sido constituído para ser um conceito genérico, abstraído das demais categorias do delito, e, portanto, obrigatoriamente ligado ao ordenamento jurídico vigente, sofreu uma transformação notável no bojo da teoria final da ação⁶⁸. Por um lado, a ação ganhou autonomia, inclusive com definição própria (ordenação das atividades conforme a fins), deixando de ser construída com base nas demais categorias da teoria do delito. Por outro, abandonou sua ligação à lei, tornando-se, ao contrário, um conceito ontológico, de direito natural, que limita a atividade legiferante. Passa, assim, a impor mudanças, em campos muito diversos⁶⁹. Apenas a título de exemplo, pode-se citar a separação da consciência da ilicitude, alocada, por ser elemento da reprovabilidade **peçoal** da conduta⁷⁰, na culpabilidade – categoria valorativa em Welzel⁷¹ –, do dolo, elemento ontológico identificado com a “vontade final de realização”⁷²; o posicionamento de que nas descriminantes putativas, ainda há dolo⁷³ e a translação da ênfase, na análise dos delitos culposos, ao desvalor de ação, pois enquanto o desvalor de ação concerne a diferença entre o ato realizado e a ação que está nos parâmetros aceitos como respeitantes aos deveres de cuidado, o desvalor de resultado apenas diferencia,

⁶⁸ ROXIN, Claus. Contribuição à Crítica da Teoria Finalista da Acção. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986a. p. 91-94. Cap. 3. p. 91-143. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1962.

⁶⁹ Ibidem, p. 94-95.

⁷⁰ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introduccón a la Doctrina de la Acción Finalista**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 157 (Maestros del Derecho Penal). Tradução e Notas de: José Cerezo Mir. Reedición recente de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951.

⁷¹ Ibidem, p. 127.

⁷² Ibidem, p. 53.

⁷³ Ibidem, p. 200.

entre os atos violadores dos deveres de cuidado, aquelas que importam para o direito penal⁷⁴.

Para Roxin⁷⁵, embora tenha sido um avanço incluir o autor, e seus modos de agir particulares, na análise do delito, tais características pertencem à antijuridicidade, e não à ação pré-jurídica. Outra opinião equivocada é a de que há consequências a serem deduzidas da natureza das coisas.

Pode-se dizer, em oposição, que quem estudar ou trabalhar com o direito deve ter muito menos aptidão para reconhecer conceitos previamente estabelecidos que para construir os fundamentos que servirão às soluções dos casos concretos.

O defeito mais básico da estrutura finalista é enxergar na finalidade (conceito que depende da causalidade – toda ação final é também causal) um cunho único, similar ao da própria causalidade. Ocorre que, como afirma Roxin:

[...] se existe uma lei causal, a que nenhum legislador do mundo pode acrescentar ou retirar alguma coisa, não existe uma estrutura final pré-existente. O que é final e o que não é, [sic] depende exclusivamente das finalidades da ordem jurídica⁷⁶.

Se é verdade, como os próprios finalistas o admitem, que é insuficiente examinar os fatos jurídicos apenas sob a ótica dos meros processos causais, tampouco bastará adicionar apenas o estudo do controle final dos processos causais. Isso porque faltará, ainda, a dimensão social das manifestações fáticas relevantes ao direito, da que depende o reconhecimento de sua própria existência no mundo jurídico⁷⁷, como o próprio Welzel reconheceu na primeira fase de seu pensamento, quando centrava o alvo de suas críticas ao causalismo, como já pincelado no presente trabalho. E a dimensão social é o que destrói a natureza pretensamente ontológica dos conceitos, já que ela é realizada, para o texto de Roxin⁷⁸, pelo legislador, mas sobretudo pelo próprio intérprete, em sua lida de

⁷⁴ Ibidem, p. 111-112.

⁷⁵ ROXIN, Claus. Contribuição à Crítica da Teoria Finalista da Ação. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986a, p. 101. Cap. 3. p. 91-143. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1962.

⁷⁶ Ibidem, p. 102.

⁷⁷ Ibidem, p. 102-105.

⁷⁸ ROXIN, Claus. Contribuição à Crítica da Teoria Finalista da Ação. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986a, p. 104. Cap. 3. p. 91-143. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1962.

adaptar o texto frio da lei à prática, trabalho constante de criação. A gradual mudança promovida na teoria welzeliana impôs e expôs a falência da univocidade da finalidade: primeiramente identificada com o dolo e designada como parte da tipicidade, depois se transforma em “[uma das] noções supratemporais da doutrina do Direito natural, porque representam o pressuposto de possibilidade de toda ordem ético-social e são, por isso, independentes dos conteúdos dessas ordens”⁷⁹

Nenhuma das duas concepções foram abertamente renunciadas, embora, como visto, a adequação social sofra um processo de fenecimento. Porém, ambas não são realizáveis plenamente, porque, enquanto a sociedade está em constante mudança, que deve ser refletida pelo legislador e pelo jurista, as noções supratemporais são estáticas, gerando inconsistências⁸⁰. Exemplo de aplicação dessa crítica é a posição quanto às causas de justificação, cuja presença deveria afastar a tipicidade, já que quem agiu pensando estar sob a guarida de uma causa de justificação, praticou a ação de maneira socialmente adequada⁸¹. No desenvolvimento posterior, mais importante é que o curso causal tenha sido determinado pelo autor de acordo com seu fim, o que ocorreria ainda que tivesse pensado, erroneamente, que sua atitude era adequada socialmente, por estar justificada pelo direito. Após expor essa mudança, Roxin⁸² defende uma posição intermediária, aceita na doutrina majoritária alemã e também positivada em nosso direito (vide artigo 20, § 1º, do Código Penal), para a qual o erro quanto à presença de excludentes de ilicitude é comparável a uma violação de dever de cuidado objetivo com grau de reprovabilidade correspondente à culpa, não sendo nem excluída a tipicidade, nem mantido o dolo.

No mesmo formato, Roxin realiza críticas a outras áreas da teoria final da ação, que não serão exploradas devido ao escopo deste estudo, e propõe mudanças, que acabaram por orientar, nas décadas seguintes, a dogmática penal da Alemanha e dos outros países em sua esfera de influência.

Em síntese, recomenda, quanto ao tipo, a: a) abandonar um conceito ontológico de ação, estruturante da teoria do delito, com cessação do

⁷⁹ WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho**: Derecho Natural y Justicia Material. Madrid: Aguilar, 1977, p. 253. Tradução de: Felipe González Vicén. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951. Tradução nossa.

⁸⁰ ROXIN, Claus, op. cit., p. 114.

⁸¹ Ibidem, p. 115.

⁸² Ibidem, p. 132.

reconhecimento de consequências vinculantes; b) salientar que é o tipo, fruto de uma hermenêutica valorativa e consciente do sentido social, o elemento definidor da finalidade e dos indicadores que norteiam o exame do tipo subjetivo; c) consequentemente, entender o tipo como tipo de injusto; d) também quanto à finalidade, abandonar seu conceito ontológico, em prol de sua dimensão jurídico-social⁸³.

Quanto à culpabilidade, preleciona que: a) é a culpabilidade, e não a natureza das coisas, o critério diferenciador do dolo e da culpa; b) se deve assentar que apenas pode haver dolo se o agente assimilar os preceitos fundamentadores da proibição, por integrarem o sentido social; c) é necessário associar essa noção da culpa com uma teoria da ilicitude que, no tipo subjetivo, contemple o lado social da finalidade, sendo possível reconhecer, analogicamente, o tipo também como “tipo de culpabilidade”. Apesar disso, é necessário frisar que Roxin aceita e segue a alocação do dolo no tipo subjetivo, já promovida por Welzel, por entender que, embora a presença ou não de dolo seja, de fato, uma questão a ser resolvida no âmbito da culpabilidade, a mudança na estrutura não traz benefícios, seja quanto ao entendimento da teoria do erro, seja quanto ao respeito do princípio da culpabilidade⁸⁴.

Sob esses pressupostos, Roxin dá uma de suas mais relevantes contribuições, que é a sua construção da teoria da imputação objetiva. Partindo das bases lançadas por Honig, diferencia-se no tocante ao eixo interpretativo da pretendibilidade objetiva, em que a possibilidade fática da pretensão é substituída pelo risco ao bem jurídico. Tome-se como exemplo o conhecido caso laboratorial do sobrinho que, com a intenção de herdar, manda seu tio rico a um monte coberto por árvores, durante uma tempestade, para que ele morra atingido por um raio, o que acaba ocorrendo. Para Roxin, deve-se afastar a imputação não porque alguém não pode pretender matar alguém dessa maneira, mas sim porque a conduta não criou

⁸³ ROXIN, Claus. Contribuição à Crítica da Teoria Finalista da Ação. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986a, p. 126-129. Cap. 3. p. 91-143. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1962.

⁸⁴ Ibidem, p. 136-139.

risco considerável ao bem jurídico “vida”, e, portanto, não pode ser aceito que se possa pretender matar alguém dessa maneira, ainda que haja dolo⁸⁵.

O desenvolvimento da teoria se dá através dos já conhecidos grupos de casos. O primeiro deles é o da diminuição de risco ao bem jurídico, exemplificado através do sujeito que, vendo outro arremessar uma pedra em direção à cabeça da vítima, logra desviá-la a uma região menos fatal⁸⁶. O segundo deles é o da criação ou não criação de um risco juridicamente relevante, que alcança a todos os casos solucionados pela teoria da adequação, assim como aqueles conhecidos como “desvios do processo causal” ou “cursos causais inadequados”, e, ainda, os que o risco aumentado não foi significativo⁸⁷. O terceiro é o aumento ou a falta de aumento de risco permitido. Essa constelação se refere às atividades, consideradas perigosas, que são toleradas pelo direito, mas apenas se conformadas a marcos estabelecidos previamente, como as normas relativas ao tráfego de veículos ou à medicina. Caso o autor ultrapasse tais ordenações, haverá imputação⁸⁸. Por fim, o quarto é o da esfera de proteção da norma como critério de imputação. Único não deduzido de uma interpretação do conceito de pretendibilidade objetiva⁸⁹, trata das situações em que, a despeito da existência de um risco não permitido, permanece a ausência da imputação, simplesmente porque o ordenamento não responsabiliza quem atua. O caso padrão é aquele em que três ciclistas trafegam em uma ciclovia, sendo que dois seguem no sentido Norte, sem acionar seus faróis de luz, como exige a legislação alemã, e outro em sentido Sul, quando ocorre uma colisão frontal entre o ciclista que seguia em sentido Sul e o que seguia, mais à frente, no sentido contrário. Embora o ciclista que seguia mais atrás, no sentido Norte, tenha criado risco não permitido, tendo facilitado, de modo previsível, o evento de trânsito, já que o fato de não ter acionado a iluminação impediu que o ciclista que vinha em sentido contrário visse a vítima, não deve ser responsabilizado, porque o âmbito de proteção da norma de dever de cuidado violada não abrange sua conduta, em razão de que

⁸⁵ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986b, p. 148, 165. Cap. 4. p. 145-168. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1970.

⁸⁶ Ibidem, p. 149

⁸⁷ Ibidem, p. 149-151

⁸⁸ Ibidem, p. 152-154.

⁸⁹ Ibidem, p. 162.

promove a proteção apenas de danos decorrentes do próprio veículo⁹⁰. Nesse grupo, são feitas, ainda, outras ponderações de cunho político-criminal, como a não imputação de danos secundários (resultantes de choques psíquicos que o delito tenha causado em terceiros), e a exclusão da responsabilização dos causadores de acidentes pelos prejuízos causados aos salvadores dos objetos materiais, qualquer tenha sido a motivação pelo ato de salvação (se por obrigação legal ou por bravura), por se configurar como casos de exoneração do risco, em virtude de que o próprio salvador, pela profissão ou pela própria decisão, assumiu o risco de seus atos⁹¹. Todavia, pode a finalidade de produção do resultado ser causa da elisão de tal exoneração⁹².

Roxin, posteriormente, escreve uma versão atualizada de sua teoria. Afirma que a imputação de um resultado a alguém depende da criação de um risco proibido a um bem jurídico e da realização de tal risco no resultado. Se apenas um risco permitido foi gerado, o agente não sofrerá qualquer punição. Se, por sua vez, um risco não permitido for criado, mas não se realizar no resultado, restará afastada apenas a consumação, razão pela qual poderá, se for o caso, ser configurada a tentativa. Mas há situações em que, não obstante exista a criação de um risco não permitido, que se efetivou no resultado, ainda assim não haverá imputação, porque a conduta não estava albergada dentro do alcance do tipo⁹³. Esse novo estágio pode, portanto, ser sintetizado na seguinte frase: “a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado por um autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo”⁹⁴.

O critério de diminuição se mantém, mas Roxin acrescenta que, se o agente, ao invés de reduzir um risco presente, cria um alternativo em troca, o qual, porém, é menor que o anterior, melhorando a situação do bem jurídico, continuará havendo a imputação, mas se deverá reconhecer o estado de necessidade ou o consentimento presumido. O exemplo é o seguinte: uma mãe, desesperada porque um incêndio

⁹⁰ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986b, p. 154-156. Cap. 4, p. 145-168. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1970.

⁹¹ Ibidem, p. 156-158.

⁹² Ibidem, p. 163.

⁹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 363-364. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

⁹⁴ Ibidem, p. 364.

está ameaçando sua vida e a de seu filho pequeno, arremessa o bebê pela janela, causando-lhe lesões, mas aumentando a chance de que vivesse⁹⁵.

O critério da criação ou não criação de perigo juridicamente relevante foi renomeado para “falta de criação de perigo”, e sofreu restrições, deixando de resolver os “processos causais inadequados”⁹⁶. Já o da exclusão da imputação nos casos de risco permitido não sofreu mudanças relevantes⁹⁷.

Uma das grandes novidades dessa formulação é a separação da realização do risco não permitido, gênero apresentado em três grupos de casos. Em primeiro lugar, então, tem-se a exclusão da imputação se falta a realização do perigo. Para que se possa imputar um resultado como obra de alguém, é necessário que se realize exatamente o risco produzido pelo agente, não sendo suficiente a mera relação causal entre a ação e o resultado. Assim, no conhecido caso em que uma vítima de um disparo em região fatal morre não por conta da lesão produzida pelo instrumento mecânico perfuro-contundente, mas sim em virtude de queimaduras produzidas por energia física (calor quente), proveniente de um incêndio no hospital, embora o disparo tenha sido necessário para que a vítima estivesse precisamente naquele local, data e horário, e, portanto, causal (de acordo com o princípio da *conditio sine qua non*), deve-se rechaçar a imputação, porque a conduta do agente (dar um tiro) não aumentou significativamente os riscos de que a vítima morresse em um incêndio⁹⁸. O desvio causal, portanto, será irrelevante se a conduta do agente aumentou de modo significativo, embora não direto, o risco de lesão ao bem jurídico⁹⁹, como no caso do óbito, por infecção, de pessoa ferida a facadas.

Em segundo lugar, o grupo da exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido, em que se trata os casos em que o agente superou o limite de risco tolerado pelo direito em atividades altamente reguladas, porém tal superação não contribuiu para a provocação do resultado. Roxin procede a subdividir o grupo nos casos em que, embora o risco tenha sido criado, não se realizou no resultado, porque o respeito à norma teria sido comprovadamente ineficaz, daqueles em que não houve realização do risco porque, embora o agente tivera, no passado,

⁹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 366. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

⁹⁶ Ibidem, p. 366-367.

⁹⁷ Ibidem, p. 371-373.

⁹⁸ Ibidem, p. 373-374.

⁹⁹ Ibidem, p. 374.

afrontado os limites previstos na norma de cuidado, no momento da produção do resultado, respeitava-os¹⁰⁰. Outras subdivisões¹⁰¹: o resultado ocorre por ocorrência imprevisível, não relacionada ao risco criado; por fim, a ocorrência de resultado por curso atípico.

Sem modificações notáveis a exclusão da imputação no caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado. Roxin¹⁰² apenas faz questão de frisar que o alcance da norma de cuidado é diferente do alcance do tipo.

Por fim, há o gênero do alcance do tipo, organizado em cinco grupos de casos. São situações em que há a realização de um risco proibido, compreendido no âmbito de proteção da norma de cuidado, mas o tipo não tem em vista a proibição de tais cursos causais.

O primeiro conjunto é a cooperação na autocolocação em perigo dolosa, quando o autor incita, instiga ou auxilia ações excepcionalmente arriscadas, efetivamente realizadas pela vítima, que está plenamente consciente do que pode vir a acontecer¹⁰³. Não possui aplicação no direito brasileiro se estão em jogo bens jurídicos indisponíveis, como a vida ou o desenvolvimento sexual normal da criança e do adolescente¹⁰⁴. Também são incluídos nesse grupo os casos em que a vítima recusa o que lhe poderia ter salvo, consciente do perigo (exclui-se a consumação, sendo punível a tentativa)¹⁰⁵.

O segundo conjunto é a colocação em perigo de um terceiro, aceita por este, quando a vítima (o terceiro) aceita, consciente dos riscos, a ser posta em perigo. De aplicabilidade duvidosa no direito brasileiro¹⁰⁶, reúne os acontecimentos em que a vítima, consciente dos possíveis resultados, é colocada pelo agente em situação de alto risco. Nos casos, a vítima inclusive pede para que o agente tome a atitude perigosa, em uma espécie de consentimento, que, porém, alcança apenas a

¹⁰⁰ Ibidem, p. 375-376.

¹⁰¹ Ibidem, p. 377

¹⁰² Ibidem, p. 378.

¹⁰³ Ibidem, p. 387, 391.

¹⁰⁴ Aplica-se, analogicamente, a posição de BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 513, quanto ao consentimento, porque a indisponibilidade dos bens jurídicos serve de limite à autonomia da vontade como categoria geral, como exposto pelo estudioso em ibidem, p. 514.

¹⁰⁵ Roxin, Claus, op. cit., p. 393

¹⁰⁶ Pelo mesmo motivo exposto na nota n. 103.

conduta, e não o resultado¹⁰⁷. O critério abarca tanto as proibições expressas quanto as implícitas, sendo, por isso, bem mais amplo do que admitia a jurisprudência alemã à época, mas é relativizado mediante duas condicionantes: o dano precisa ser advindo do perigo criado¹⁰⁸ e “o sujeito posto em perigo há de ter a mesma responsabilidade pela atuação comum com quem o põe em perigo”¹⁰⁹.

O terceiro conjunto, denominado “atribuição à esfera de responsabilidade alheia”, se refere àquelas situações em que outra pessoa assume o risco em relação ao agente em análise. O exemplo é o do caminhoneiro que, sem refletores em seu para-choque, sofre uma abordagem pela polícia, para ser multado. Buscando evitar acidentes, um dos policiais coloca uma luz vermelha na pista de rolamento, atrás do caminhão, e pede ao caminhoneiro que prossiga até o posto de gasolina seguinte, para, após ser escoltado, ali ser detido, desta vez sem atrapalhar o trânsito. Porém, antes que se pusesse em marcha, outro policial retirou a luz vermelha, ocasião em que o veículo foi colidido na traseira por caminhão diverso, provocando a morte de um passageiro do automóvel colidente. O Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) condenou o condutor do primeiro caminhão por homicídio culposo, afirmando a existência de causalidade entre o fato de não estar portando os adesivos luminosos e a morte da vítima¹¹⁰. No entanto, expõe Roxin¹¹¹ que, apesar da causalidade, realmente existente, a polícia, ao colocar autonomamente o equipamento de segurança, assumiu para si a responsabilidade pela segurança no trânsito, razão pela qual a sentença não deu fecho satisfatório ao caso.

Outra questão espinhosa a ser resolvida é aquele caso em que há uma lesão, mas a vítima morre por conta de um erro médico posterior. Roxin¹¹² defende, nos casos de desvio do curso causal por parte do médico, por imprudência leve ou grave, que não se impute a morte ao causador da lesão original. Já naqueles em que a pessoa morreu por omissão médica, ou pela falta de tratamento adequado, se a imprudência do médico for grave, exclui-se a imputação do terceiro, enquanto que, se a imprudência do profissional da saúde for leve, haverá a dupla imputação. Mais

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 199. P. 393-394. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 395.

¹⁰⁹ Id. Ibid.

¹¹⁰ Ibidem, p. 398.

¹¹¹ Id. Ibid

¹¹² Ibidem, p. 401-402.

uma situação em que há assunção do risco, dessa vez pela própria vítima, ocorre se sua morte (ou agravamento de seu quadro) tenha sido resultado de sua própria imprudência, ensejando a punição de quem a lesionou apenas pela tentativa.

Em relação à responsabilidade do causador de eventos por eventuais danos sofridos pelos salvadores, Roxin¹¹³ demonstra uma diferença de opinião em relação a seu pensamento anterior, já que distingue o salvador intrépido, que se coloca em risco porque quer (e é, por isso, enquadrado na autocolocação em perigo dolosa), daquele que o faz por dever legal, pois esses assumem os riscos em sua esfera de responsabilidade, já que escolheram desempenhar tais profissões e são pagos para desempenhar seus deveres.

Outros dois grupos, ainda tratados como referentes alcance do tipo, são entendidos por Roxin como especialmente frequentes no âmbito dos delitos culposos. São eles os danos resultantes de choque e os danos consequentes de outros. Os danos por choque não sofrem qualquer mudança em relação à proposta anterior, sendo referentes apenas aos danos provocados em terceiros por seus choques psíquicos¹¹⁴. Já os danos consequentes de outros nem sempre levam à não imputação. A lesão que sofre progressão ininterrupta, ainda que por um período alargado de tempo, torna a eventual morte responsabilizável ao agente. Porém, se a lesão resultar em uma condição de saúde que não piore mais, mas que tampouco seja plenamente recuperável, e tal condição tenha sido instrumental à morte da vítima, não poderá sofrer o agente imputação por homicídio, porque o juiz já considerou, ou ao menos deveria ter considerado, essa fragilização na dosimetria de pena das lesões corporais¹¹⁵.

5.2 O FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS

Também Günther Jakobs submete o eixo do direito penal a uma função, que, porém, diversamente de Claus Roxin, não é a da proteção seletiva de bens jurídicos, mas sim a prevenção geral positiva: promove a demonstração da vigência da norma

¹¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 392, 399-400. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹¹⁴ Ibidem, p. 1012.

¹¹⁵ Ibidem, p. 1012-1013.

que foi lesionada, fazendo-a alcançar, assim, sua estabilização¹¹⁶. Partindo da teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann, afirma que, a cada contato social – assim como nos contatos com a natureza – as pessoas buscam padrões, com os quais formam expectativas. Quem frustra as expectativas do outro faz surgir para este outro um conflito, contra o qual deve reagir, ajustando suas expectativas para que englobem também o resultado ocorrido¹¹⁷. A infração pode ter consequências externas, mas o direito penal não pode promover sua reparação, e, de fato, pode punir condutas que nem tiveram um resultado danoso (as tentativas). O direito penal, portanto, não atua para reparar danos, mas para responsabilizar o autor por sua motivação no sentido da atuação contrária à norma, porque tal ação (denominada “infração”) criou um conflito público, ao ameaçar a ideia de que a norma deve servir como modelo de orientação. A pena, assim, é uma reação que demonstra que, apesar da infração, a norma continua vigente¹¹⁸.

Jakobs¹¹⁹ critica a ideia de que bens como a vida, a integridade física ou o patrimônio poderiam ser classificados como bens jurídicos penais, porque, nesse caso, quando ocorressem eventos como a morte, enfermidades ou o perecimento do objeto, respectivamente, ou teria de ser admitido que o direito penal não se preocupa com a perda de seus bens, ou, pior ainda, que ele deveria ser acionado sempre que ocorresse tal perda. Por isso, realiza a distinção entre “bens jurídicos” (objetos de proteção das normas) e o “bem jurídico penal” (proteção das expectativas normativas essenciais), este sim penalmente relevante¹²⁰.

Argumenta, ainda, que há delitos que não exigem a vulneração de bens jurídicos, citando, como exemplo, os crimes que dependem da existência de deveres especiais por responsabilidade institucional, os quais estão relacionados a entidades, denominadas de “unidades funcionais”, que deixam de existir caso o autor deixe de cumprir seu papel. Assim, no delito de maus-tratos, não há uma violação do bem jurídico “relação de guarda”, pois, quando o agente comete a infração, já deixou de participar da unidade funcional da guarda. Também o prevaricador não afeta o bem jurídico “administração da justiça”, pois já não está

¹¹⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 9. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹¹⁷ Id. Ibid.

¹¹⁸ Ibidem, p. 13.

¹¹⁹ Ibidem, p. 45.

¹²⁰ Ibidem, p. 46, 48.

mais cumprindo o papel de administrador. As unidades funcionais – bem jurídico que se almeja proteger – continuam íntegras, sendo o delito justificado apenas pela negativa do autor em se integrar nelas¹²¹.

Além disso, há delitos que, para Jakobs, não protegem nenhum bem, como os crimes de maus-tratos aos animais (art. 32 da lei n. 9.605/98), de ato obsceno (art. 233 do Código Penal), e de importunação ofensiva ao pudor (art. 215-A do Código Penal)¹²². Até poder-se-ia alegar que tais normas buscam tutelar o meio-ambiente ou a liberdade sexual, mas apenas em uma interpretação de que são delitos de perigo “extremamente abstrato”, pois consistiriam em proibir ameaças simbólicas a bens concretos.

O conceito de bem jurídico pode até indicar a sua importância para com seu detentor, mas não define se é necessária ou não sua proteção no âmbito penal¹²³. A diferenciação entre “bem” e “bem jurídico” se constata por meio da presença, nestes, do interesse público, e o mesmo interesse público pode abarcar mais do que a preservação de bens¹²⁴.

Por outro lado, há de se reconhecer que mesmo entre aqueles bens que são penalmente relevantes, a proteção sofre restrições: não se castigará o autor que, embora tenha criado riscos ao bem jurídico, o tenha feito dentro do limite que o direito estabelece para a possibilitação do contato social. Tal limite, ressalta Jakobs, não será definido pela teoria do bem jurídico, mas sim pela teoria da imputação e pelo estado de necessidade¹²⁵.

Jakobs faz parte do grupo de autores que tomam a imputação objetiva em seu sentido mais amplo, ou seja, que entendem todo o delito como problema de imputação de um acontecimento ao responsável agente¹²⁶. No entanto, ressalta que

¹²¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 52-53. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹²² Exemplos adaptados para os delitos similares presentes na legislação brasileira. Originalmente, constava os crimes de maus-tratos aos animais (§ 17 da lei de proteção aos animais), de provocação de escândalo público (§ 183a do Código Penal Alemão) e de exibicionismo (§ 183 do Código Penal Alemão), respectivamente.

¹²³ AMELUNG, 1972, p. 331 ss. apud JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 56. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹²⁴ Jakobs, Günther, op. cit., p. 56.

¹²⁵ Ibidem, p. 56-57.

¹²⁶ FRISCH, Wolfgang. La Imputación Objetiva: El Estado de la Questión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el Estado de la Teoría del Delito: Seminario en la Universitat Pompeu Fabra**. Madrid: Civitas, 2000, p. 33-34. Cap. 1. p. 19-67. Tradução de: Ricardo Robles Planas.

a imputação objetiva é apenas uma fração do problema da imputação como um todo, porquanto esta só ocorrerá se for estabelecida a presença, também, do tipo subjetivo e da culpabilidade¹²⁷. Outra característica muito importante do seu modo de tratar o tema é que, embora reconheça que a teoria da imputação objetiva se aplique mormente aos delitos de resultado, não se pode dispensar os seus critérios (e nem a causalidade) nos delitos formais¹²⁸.

Também constrói sua teoria com base em grupos de casos. Quanto à imputação objetiva da ação, o primeiro deles é o do risco permitido. Muito similar ao critério roxiniano, trata das situações em que o risco vestigial derivado de atividades permitidas pela lei está também permitido¹²⁹. A justificativa, porém, é mais similar à de Welzel, já exposta (vide tópico n. 3.2), no sentido de que a sociedade depende de que certos bens jurídicos sejam postos em perigo, em situações específicas, para permitir o seu próprio funcionamento¹³⁰.

O segundo critério é o do princípio de confiança, que estabelece que a ninguém pode ser atribuída a tarefa de vigiar eternamente seus concidadãos, porque todas as pessoas devem ser consideradas responsáveis. No recorte promovido por Jakobs¹³¹, tem aplicabilidade em duas situações: quando um terceiro gera uma situação que só gerará dano ou perigo de dano se o autor descumprir com seus deveres, como quando alguém entrega um livro antigo a outro, que o pega sem cuidado e danifica o bem; ou quando o eventual autor confia que o terceiro irá realizar seu papel da maneira correta, como ilustrado pelo crédito que o médico deve dar ao instrumentista, para assim realizar seu trabalho de modo eficiente, sem se preocupar com a condição dos utensílios. Deixa de ser aplicável, no entanto, se o autor souber de alguma circunstância que denote que não vale a pena depositar a confiança no terceiro¹³².

O terceiro critério é o da proibição de regresso. Quando duas pessoas assumem entre si um compromisso que a maior parte da sociedade entende como inofensivo, o papel de um não se considera descumprido, mesmo que o outro tenha

¹²⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 225. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹²⁸ Ibidem, p. 225-226.

¹²⁹ Idem. **La Imputación Objetiva en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996, p. 28. Tradução de: Manuel Cancio Meliá.

¹³⁰ Id. Ibid.

¹³¹ Ibidem, p. 30.

¹³² Ibidem, p. 31.

tingido o vínculo com os tons da ilegalidade¹³³. Assim, se um padeiro vender um pão que será envenenado, ou se o autor toma um táxi para matar outra pessoa no destino, tanto o padeiro quanto o taxista, ainda que saibam dos propósitos de seus clientes, estão cumprindo seus respectivos róis, e nada mais¹³⁴.

O quarto, e último, é a competência da vítima, caracterizado quando à própria vítima é imputado o curso causal, em decorrência de sua conduta. Essa situação mais comumente se dá por consentimento ou por desventura, mas também pode ocorrer que, mesmo que o autor saiba da possibilidade de resultado prejudicial, está cumprindo adequadamente seu papel, razão pela qual não será responsabilizado. Por exemplo, desligar os aparelhos de um paciente quando tais tratamentos não tenham nenhuma utilidade pode provocar sua morte, sem que o médico sofra persecução penal por seu ato. A hipótese mais relevante desse grupo, porém, é a infração de deveres de autoproteção, quando a vítima atua de modo a se colocar em perigo e sem aceitar as consequências de seus atos. Por exemplo, quem solicita a pessoa embriagada para que a conduza para casa deve aceitar, ao menos em parte, as consequências negativas que do pedido podem advir¹³⁵.

5.3 A RESPOSTA CRÍTICA DE WOLFGANG FRISCH: DEFESA DO FUNDAMENTO MATERIAL DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA ROXINIANA E TEORIA DA CONDUTA TÍPICA

Wolfgang Frisch, catedrático da Universidade de Friburgo, procura conciliar as posições dos partidários do finalismo e da teoria da imputação objetiva.

Resumidamente, os finalistas reafirmam críticas antigas no sentido de que os conceitos adotados pela teoria da imputação objetiva são imprecisos e supérfluos, e adicionam apontamentos em relação à inadequação dogmática da teoria, na medida em que, amiúde, não se pode determinar, apenas com critérios objetivos, a presença do risco desaprovado e da realização do risco, e que, ao focar-se no desvalor de resultado, está-se retornando à teoria causal da ação, em prejuízo à

¹³³ JAKOBS, Günther. **La Imputación Objetiva en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996, p. 31. Tradução de: Manuel Cancio Meliá.

¹³⁴ Ibidem, p. 32-33.

¹³⁵ Ibidem, p. 34-36.

compreensão pessoal do injusto¹³⁶. Em seu lugar, propõem que os casos conhecidos como “processos inadequados” ou como “desvio essencial do curso causal representado” (como o notável “caso da ambulância”), em tese, dolosos, possam ser resolvidos por meio da análise do tipo subjetivo, mais especificamente da capacidade de condução ou do domínio do fato, essenciais para que exista o dolo, enquanto que aqueles referidos como “falta de influência no resultado desejado” (por exemplo, aquele em que se induz a vítima a partir em um voo de longa distância, esperando que o avião caia e o alvo faleça, e o acidente realmente ocorre) ou como participação em autocolocação em perigo, na hipótese em que a vítima poderia compreender os riscos da viagem (faz-se necessário notar que, no direito alemão, não há a criminalização da participação em suicídio), ou, caso a vítima não pudessem julgar os perigos envolvidos, como ausência de dolo, pois o indutor do crime não tinha nenhum conhecimento sobre os defeitos da aeronave, baseando-se, nas próprias palavras de Hirsch¹³⁷, “exclusivamente ao risco habitual e geral de ser vítima de um acidente e não a um acontecimento lesivo concreto” não sendo caracterizável como “vontade dirigida, como a que exige o conceito de dolo”. Além disso, aduzem, para excluir a imputação por falta de criação do risco, é essencial a perquirição dos conhecimentos especiais do autor, os quais demandam nova incursão no tipo subjetivo¹³⁸. Quanto aos delitos culposos, majoritariamente se defende que há uma manifesta proximidade entre os critérios da teoria da imputação objetiva e os requisitos da tradicional doutrina sobre os crimes culposos, nomeadamente da semelhança entre a criação do perigo desaprovado e da realização do risco no resultado, respectivamente, à violação de dever de cuidado objetivo e à relação de contrariedade do dever de cuidado ao resultado¹³⁹. Eberhard Struensee¹⁴⁰, por seu turno, faz referência aos conhecimentos especiais do autor. Aduz o doutrinador finalista que não são apenas casos raros, em que se

¹³⁶ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 63. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹³⁷ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la Teoria de la Imputación Objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 50, p.09-37, set./out. 2004. Bimestral. Disponível em: <<https://bit.ly/2DgNNm0>>. Acesso em: 03 out. 2018. Tradução nossa.

¹³⁸ FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 64-65.

¹³⁹ HIRSH, Hans Joachim, op. cit.

¹⁴⁰ STRUENSEE, Eberhard. El Tipo Subjetivo del Delito Imprudente. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 1, n. 2, p.423-450, jan. 1987, p.439-442. Anual. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987-20042300450>. Acesso em: 02 out. 2018.

acrescentam elementos subjetivos à análise do risco, consistindo em acontecimentos em que se tolera o risco por conta do conhecimento do autor – e não, destaca, do intérprete que posteriormente se manifestará sobre o caso. Para o discípulo de Armin Kaufmann, o que se realiza, embora veladamente, é uma análise antecipada do erro do tipo do delito culposos. Tal averiguação pressupõe uma descrição típica, a qual deve levar em conta a finalidade da ação. Ou seja, o exame dos conhecimentos especiais do autor deve ser realizado através da busca da intenção mínima de fatores relevantes de risco, a qual deve definir, ademais, que circunstâncias devem ser reconhecidas como erro de tipo. A partir desse elemento, conclui que, quanto à estrutura, tal modo de proceder não é novo, correspondendo à violação de dever de cuidado, que, na particular sistematização de Struensee, equivale ao tipo subjetivo.

Entretanto, destaca Frisch que o ponto de partida dos críticos para determinar a presença da violação de dever de cuidado é exatamente o mesmo que o utilizado pelos defensores da teoria da imputação objetiva para apontar a existência do perigo desaprovado: o risco em patamar superior ao habitual da vida social¹⁴¹. Ademais, no âmbito dos delitos culposos, a maioria dos críticos, exceto Struensee, sustenta que se trata de uma criação objetiva de perigos, bem como de uma lesão objetiva de dever de cuidado. A posição majoritária dos finalistas também não discorda que a questão, mesmo se necessitar a averiguação dos conhecimentos especiais do autor, deva ser resolvida recorrendo ao tipo objetivo, solução completamente oposta à tomada no campo dos delitos dolosos¹⁴². Frisch, outrossim, defende os fundamentos materiais da teoria da imputação objetiva quanto ao crime doloso, pois a qualificação de uma conduta como criadora de risco moderado ou proibido não diz respeito à consciência do risco ou à confiança da produção de seu resultado: as atividades permitidas podem ser realizadas culposamente ou dolosamente, porque não cabe ao direito penal proibir condutas que o ordenamento jurídico permitiu, enquanto que as condutas proibidas podem ser, igualmente, culposas ou dolosas¹⁴³. Nesse ponto, Frisch¹⁴⁴ vê na crítica finalista uma incapacidade de apontar as diferenças, quanto à criação de riscos, nos delitos dolosos e imprudentes, que justifiquem o tratamento

¹⁴¹ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 69-70. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹⁴² Ibidem, p. 70.

¹⁴³ Ibidem, p. 70-72.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 72.

diverso (isto é, exclusão do dolo, por falta da capacidade de condução da vontade, ou autocolocação em perigo, nos delitos dolosos, e falta de violação de dever de cuidado ou da relação de contrariedade do dever de cuidado ao resultado, no caso dos delitos culposos). Outra falha grave da crítica é basear o poder de atuação nos princípios gerais da experiência, conceito que, além de ser excessivamente aberto, busca ensejar a exclusão não apenas dos casos completamente improváveis, mas também daqueles que são entendidos como de risco moderado. Percebe-se, assim, que a capacidade de condução, de conceito fundado sobre estruturas do ser, transforma-se em um conceito normativo que tem por base o risco admitido. Em suma, os escritores contrários só podem lançar mão do conceito de dolo porque o modificaram, para incluir, em um de seus componentes, um perfil bem próximo ao da imputação objetiva¹⁴⁵. Quanto à teoria do delito, a imputação deve se referir ao tipo objetivo, ainda que seja necessário o exame dos conhecimentos especiais do autor, porque o seu papel é elucidar o conjunto de elementos que indicarão os riscos relevantes. Os conhecimentos especiais também não devem ser confundidos com o dolo, pois também aquele que verificou a presença de uma imperfeição, proclive a produzir um resultado desvalioso, mas, no momento de tal ocasião, não fez nada para detê-la, será responsabilizado. Além disso, a lei pode exigir que o agente se assegure da inexistência de fatores de risco, independentemente do dolo em produzir o resultado¹⁴⁶.

As principais críticas que o próprio Frisch realiza são as seguintes: a aproximação da teoria ao conceito de ação causal, pois haveria uma ênfase muito grande no desvalor de resultado, através dos requisitos da criação do perigo e da realização no resultado, restando, para satisfazer o desvalor de ação, apenas a exigência de um movimento voluntário originador do perigo desaprovado, já que não explicitaria os pressupostos que a conduta realizadora do risco deve satisfazer. A consequência seria a perda de relevância dos aspectos pessoais do injusto, como a consideração dos níveis de conhecimento, das experiências particulares de cada um e dos papéis executados¹⁴⁷.

¹⁴⁵ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 73. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 78-84. Vide artigo 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c” do Código Penal.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 91-94.

Propõe, em alternativa, a teoria da conduta típica. O risco, entendido como qualidade específica da própria conduta é o vetor central da conduta típica (em sentido estrito), que é aquela que, por ser arriscada, possui aptidão para a produção do resultado, e que, exatamente por isso, é defesa e punida pelo direito penal¹⁴⁸.

Deve-se aferir quais condutas produzem riscos identificados como gerais da vida. Tal parâmetro precisa ser buscado em fontes primárias e que podem extrapolar o âmbito do direito penal, sendo determinado pelo operador apenas se não forem encontradas. Ainda, adverte que o risco é composto pela configuração da conduta e pelas circunstâncias em que foi realizada¹⁴⁹. A conduta típica exige, além disso, que o autor deva estar obrigado a ter em mente as características formadoras do risco proibido e a abdicar, por conta delas, à conduta que produz esse perigo intolerável, ou a modificá-la. Tal obrigação pode derivar de três fontes: exercício de determinadas funções; relações de dependência; excesso em relação à forma permitida da ação, ou a omissão ou exclusão dos atributos do risco tolerado¹⁵⁰.

Frisch¹⁵¹ defende que a adoção da categoria da conduta típica *stricto sensu* facilita a diferenciação das situações em que o sujeito praticou uma conduta permitida ou se se tratava de uma conduta prosrita em relação ao tipo, não imputada por outras razões (como a ausência de realização do risco). Também leva a diferenciações quanto ao dolo, que passa a ser entendido como o compromisso de produzir o perigo de aparição do resultado próprio da ação efetuada. A distinção é importante porque identifica aqueles casos em que, além de não ser possível atribuir o resultado, devem, também, permanecer impunes, porquanto nem mesmo a tentativa pode ser considerada como um delito, por falta de dolo: são os acontecimentos nos quais o autor confere à própria conduta um risco permitido. Em relação ao crime culposos, o jurista entende como correta a posição tradicional (violação de dever de cuidado), porquanto já se tratava de uma característica a ser encontrada na própria conduta. Por fim, o crime omissivo é compreendido similarmente como aquele em que o agente responsabilizável, conforme os termos da lei, não evita riscos proibidos¹⁵².

¹⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 95-96. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 96-97.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 98-100.

¹⁵¹ Ibidem, p. 103.

¹⁵² Ibidem, p. 104-105.

A aproximação que a teoria da conduta típica realiza entre os defensores e os questionadores da teoria da imputação objetiva ocorre na medida em que seus apoiadores tiveram sua pretensão de base material satisfeita, devendo adotar a teoria de Frisch principalmente por razões sistemáticas, enquanto que os finalistas verão equivalentes avanços, dado que estão novamente valorizados os aspectos pessoais do injusto, o desvalor de ação e os avanços que promoveram na teoria do delito, devendo renunciar apenas à explanação de que o dolo precise ser a base para a filtragem de alguns dos cursos causais, porque não se pode ter vontade de realização em relação a atividades que envolvem apenas riscos permitidos¹⁵³.

Com ressalva da necessidade de conexão que deve existir entre a produção do risco e seu resultado, não há mais consenso na doutrina em relação ao requisito da realização do risco no resultado, para Frisch o único campo legítimo da teoria da imputação (pois, como exposto, o pressuposto da criação do risco desaprovado é substituído pela conduta típica), a começar pelo método de abordagem. Para uma corrente minoritária, deve-se eleger o risco mais fortemente reprovado e tentar afirmar se tal circunstância foi necessária à realização do resultado. A maioria dos estudiosos do tema, no entanto, acertadamente classifica os riscos realizados em permitidos e proibidos e, com base nessa seleção, asseveram que o critério está ligado à presença de um perigo proibido que ocasionou ou, pelo menos, impulsionou o resultado. Com base nisso, o jurista tem, na realidade, um âmbito bastante restrito à imputação objetiva em si, que passa a ter como significado apenas a afirmação de que já delimitado (por meio da teoria da conduta típica) curso causal contribuiu para o resultado¹⁵⁴.

Roxin¹⁵⁵, em análise à teoria frischiana, afirma que é descabida a separação entre conduta típica e imputação, porque, como já havia afirmado na crítica à teoria da adequação, acredita que toda a matéria pertence ao campo da imputação do resultado, análise posterior apenas à da causalidade. Ademais, promove uma separação entre o desvalor de ação e o de resultado, o que Roxin não admite, dado que, se faltar o resultado, tampouco haverá ação relevante ao direito penal. Por fim,

¹⁵³ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 105-106. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 107-109

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 365. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

reitera a opinião contrária já prevista por Frisch, ao aduzir que, quanto às soluções, sua teoria não traz nada de novo.

6 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CASOS REFERIDOS COMO “CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS” E OS REFERIDOS COMO “CONDUTAS ALTERNATIVAS AJUSTADAS AO DIREITO”

Até aqui, guardados os limites inerentes a qualquer trabalho científico apresentado na graduação, foi satisfeita a pretensão de explanar o decurso histórico de aspectos selecionados da teoria do delito até o ressurgimento da teoria da imputação objetiva, bem como foram apresentadas três perspectivas (de Roxin, de Frisch e de Jakobs), demonstrando a riqueza do assunto ora estudado.

Resta, agora, tratar do tema específico, parte ainda pouco explorada, mas que possui consequências práticas muito relevantes.

A doutrina considera os cursos causais hipotéticos como um grupo de casos em que se deve manter a imputação, enquanto adverte a necessidade de excluí-la nas condutas alternativas ajustadas ao direito. Salta aos olhos a similitude entre os dois grupos de casos. Afinal, em ambos, nem a teoria das condições, em seu atual âmbito restrito de aplicação, e nem os próprios critérios da imputação objetiva dão muitas respostas. A característica disruptiva, nesses agregados presente, é o fato de ambos considerarem comportamentos hipotéticos, diversos daquilo que se pode apreender como tendo ocorrido.

A tarefa de diferenciá-los, e de descrever os resultados que dali derivam, será realizada através dos próprios casos propostos como exemplificadores, não sem antes esclarecer qual será o aporte teórico de base.

6.1 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE O TEMA

Jakobs¹⁵⁶ define bem o problema dos cursos causais hipotéticos, ao afirmar que a teoria da *conditio sine qua non* deixa de considerar causa “aquela condição que desloca a outra condição que, em outro caso, surtiria efeito”. Assim, se uma dupla de assassinos prepara uma emboscada para matar alguém, e um dos criminosos dispara contra a vítima primeiro, sendo certo, porém, que, se não o fizesse, o seu comparsa também teria realizado a mesma ação, então, pela

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 227. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo. Tradução nossa.

aplicação literal da teoria, a conduta do homicida não seria causal, porque, sem ela, o resultado permaneceria o mesmo.

Spendel¹⁵⁷ tentava resolver o problema afirmando que, uma vez excluída mentalmente a condição que deu causa, não se pode incluir mentalmente outra. Jakobs¹⁵⁸ discorda, rebatendo que tal solução ignora que só se pode excluir uma condição que já se determinou, previamente, ter sido causa, e, pior, desconsidera o fato de que impossibilita a adição de cursos causais que inibiriam o resultado.

Segundo Jakobs, o fundamento material da imputação dos cursos causais hipotéticos é que o direito penal vigente se pauta na ideia da realização do dano, independentemente da possibilidade de persistência do bem jurídico¹⁵⁹. Assim, o que importa é o que ocorreu com o bem, e não o que poderia ter ocorrido com ele, seja porque outra pessoa o haveria prejudicado¹⁶⁰, seja porque o bem já está, independentemente de qualquer conduta por parte do agente ou de terceiros, em grave perigo de dano¹⁶¹. Decorre dessa observação que não se deve imputar por exclusão, mas sim pela determinação positiva de que a conduta produziu um risco, em patamar acima daquele tolerado na vida em sociedade, que se realizou no resultado.

Quanto às condutas alternativas conforme o direito, Frisch trata com precisão a matéria. Inicia seu raciocínio afirmando que a ocorrência do resultado proporciona legitimidade complementar, porque precisamente aquilo que era negativamente valorado pelo direito tornou-se um dado concreto. Inversamente, os resultados entendidos como riscos gerais da vida são aqueles que podem ser produzidos sem contrariar o ordenamento jurídico, não podendo ser utilizados para demonstrar a

¹⁵⁷ SPENDEL, 1948, p. 34 ss., 38, 92 apud JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 228. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 270. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹⁵⁹ Essa é apenas a regra geral, sendo correta a posição de ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 369-370, no sentido de que deve ser excluída a imputação nos casos em que haja a **modificação** de um curso causal natural sem qualquer aumento ou intensificação do dano (princípio da intensificação), punindo-se por tentativa se o autor queria aumentar ou intensificar o dano. Ressalte-se, porém, que se houver a **substituição** de um curso causal natural por um curso causal humano produzido pelo agente, haverá imputação, não se exigindo, para tanto, que o risco se aumente, bastando que o risco não tenha sido diminuído e que a ação não esteja albergada por qualquer causa excludente de ilicitude.

¹⁶⁰ JAKOBS, Günther, op. cit., p. 271.

¹⁶¹ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 92. Prefácio de: Juarez Tavares.

desvalia do comportamento, tal como aqueles resultados que somente por acaso foram produzidos através da conduta apreciada, e que teriam sido gerados mesmo por meio de uma conduta alternativa conforme ao direito¹⁶². Porém, não se deve apenas afirmar que o resultado ocorreria, se a conduta alternativa tivesse sido praticada. O intérprete deve demonstrar que, dentre os riscos associados à conduta, realizou-se o que era permitido, e não o que era proibido¹⁶³.

Ingeborg Puppe¹⁶⁴ resolve uma série de casos da teoria da imputação objetiva através de uma normativização acentuada do conceito de causalidade. No processo de formulação de hipóteses, a teoria da equivalência é abandonada. Assim, ao invés de simplesmente retirar condição por condição, e avaliar se o resultado ainda pode ser explicado pelo que restou, o intérprete avaliará alguns atributos que devem estar presentes na condição, no intuito de aferir sua relevância jurídica: a) a condição deve ser suficiente, no sentido de que deve, por si só, possibilitar a ocorrência do resultado; b) deve, ainda, ser certa, significando que deve ter levado, concretamente, ao resultado; c) por fim, ser mínima para o resultado, de acordo com as regras gerais de experiência. A imputabilidade em si depende que ação investigada, a seu turno, tenha sido componente necessário de uma condição como a delineada.

Para os fins desse trabalho, porém, a principal contribuição de Puppe é outra: em sua teorização, se mais de uma pessoa age de forma a satisfazer os requisitos citados, **todas** são consideradas causadoras do resultado¹⁶⁵. Trata-se de posição minoritária na Alemanha, onde o BGH costuma aplicar o princípio da evitabilidade ou exigir que a condição seja necessária para o resultado para isentar de responsabilidade alguns acusados¹⁶⁶. Nada obstante, o alerta de que o operador do direito deve estar atento às contribuições de todos os envolvidos no evento investigado é extremamente importante, e é uma das chaves de interpretação para a solução aqui proposta.

¹⁶² FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 75-76. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹⁶³ Ibidem, p. 77.

¹⁶⁴ PUPPE, Ingeborg. **Teoría de la Imputación Objetiva y su Aplicación Práctica**. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u4OrBzmN1ZM>>. Acesso em: 26 out. 2018

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem.

Também servirá de auxílio a concepção roxiniana, já citada (vide nota de rodapé n. 159), no sentido de que a substituição de uma causalidade natural por uma ação humana enseja imputação. Para a solução correta de todos os casos, porém, é necessário esclarecer que a palavra “natural” não se refere apenas aos cursos causais produzidos pela ação da natureza, abrangendo, também, aquelas ações que “naturalmente” ocorrerão, por ação de terceiro. Tanto é assim que Roxin¹⁶⁷ exemplifica seu raciocínio por meio do caso em que alguém mata um condenado à pena de morte momentos antes de a execução ocorrer (quem agiria no curso “natural” seria o carrasco).

6.2 ANÁLISE DOS CASOS APRESENTADOS COMO EXEMPLOS DE “CURSOS CAUSAIS HIPOTÉTICOS”

A seguir, serão tratados os casos utilizados pelos escritores para ilustrar seus pensamentos, iniciando pelos cursos causais hipotéticos. Para facilitar referências futuras, foi adicionada uma palavra-chave para cada exemplo.

Fuzilamento ilícito¹⁶⁸: agente argumenta que, se desobedecesse a ordem de realizar o fuzilamento, outro o realizaria da mesma maneira, então se pode suprimir mentalmente o fato sem que desapareça o resultado. Mas, aceito esse argumento, se o outro também negasse a fazê-lo, chegar-se-ia a conclusão de que a vítima morreu sem causa. Roxin¹⁶⁹ afirma expressamente a necessidade de imputação nesse caso.

Campo de concentração¹⁷⁰ – BGHSt 2, 20. Não pode um acusado de homicídio argumentar que a submissão da vítima ao internamento em um campo de concentração, que acabou por levá-la a morte, não foi causal, apenas porque outro teria tomado a mesma atitude.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 369. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 350.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 368.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 353.

Grave hemorragia¹⁷¹. A vítima sofre uma facada que lhe causa uma hemorragia, a qual certamente a levará a morte em algumas horas. Se alguém a matar, deve haver a imputação pela prática do crime de homicídio doloso.

Juramento de morte¹⁷². Se alguém mata uma pessoa que já estava jurada de morte por importante organização criminosa, comete crime de homicídio.

Desastre aéreo¹⁷³. Se alguém mata uma vítima que está prestes a embarcar em um avião, deve responder por homicídio doloso, ainda que, posteriormente, todos os ocupantes do aeroplano morram, em decorrência de uma queda.

Envenenamento familiar¹⁷⁴. Pai envenena o chá do filho. Não será cabível a argumentação de que, se não o fizesse, a mãe o teria envenenado da mesma forma.

Colheita¹⁷⁵. Crianças pisoteiam sobre um campo de trigo, destruindo a plantação, ao mesmo tempo que uma tempestade de granizo se aproxima. Se ficar provado que a plantação foi danificada pelas crianças, mesmo que fosse certo que a tempestade de granizo provocaria prejuízos similares, sua ação remanesce causal.

Inanição¹⁷⁶. Não se pode matar uma pessoa que está literalmente morrendo de fome dando-a um prato de comida envenenada.

Fuga¹⁷⁷. Na unidade fechada de um nosocômio, imóvel tombado, estava internado um paciente muito perigoso, que já havia fugido duas vezes do estabelecimento, após entortar as barras de metal da janela. Esse paciente foi autorizado por dois médicos a deixar o local sem acompanhante ou qualquer tipo de vigilância. Assim que saiu, assassinou duas mulheres, e estuprou outras. Ambos os médicos são, então, acusados de homicídio culposo. Defenderam-se com a assertiva de que, se não tivessem concedido liberdade ao paciente, este escaparia pela janela, como já havia ocorrido.

¹⁷¹ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 92. Prefácio de: Juarez Tavares.

¹⁷² GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 92. Prefácio de: Juarez Tavares.

¹⁷³ Ibidem, p. 128.

¹⁷⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 228. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 270.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 271.

¹⁷⁷ PUPPE, Ingeborg. **Teoría de la Imputación Objetiva y su Aplicación Práctica**. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u4OrBzmN1ZM>>. Acesso em: 26 out. 2018

Ação hipotética juridicamente lícita, dano. Quem corta uma árvore alheia, ainda que o proprietário já estava querendo cortá-la, ou quem mata uma vaca que seria morta por razões sanitárias, deve ser imputado pelo resultado de dano¹⁷⁸.

Ação hipotética juridicamente lícita, pena de morte¹⁷⁹. Deve responder por homicídio o agente que, em um país que admite a pena de morte, pouco antes de uma execução, empurra o executor para o lado e aciona a cadeira elétrica.

Os casos foram selecionados da seguinte maneira: ou estavam na seção própria, ou os autores excluía a imputação de plano, sem entrar na discussão acerca da dúvida sobre a realização do risco. Necessário ressaltar que, apesar de serem expostas posições conflitantes com as decisões judiciais, quando mais de um autor escolhido como referencial no presente trabalho citou algum dos casos, houve coerência nas respostas. Por fim, por conta da quantidade de exemplos expostos no manual de Roxin, não foram transcritas todas as situações.

Não há qualquer problema em formular hipóteses no âmbito da imputação do resultado, que depende, como referido, também da existência da causalidade. Uma vez retirada a condição, porém, não pode o intérprete criar cursos alternativos até chegar ao presente, porque o propósito das hipóteses, no âmbito da causalidade, não é criar um mundo de faz-de-conta, no qual a conduta investigada não teria qualquer relevância, porque, em sua ausência, outra pessoa ou circunstância convenientemente teria provocado o resultado. Ao contrário, tem o condão, somente, de filtrar aqueles acontecimentos em que evidentemente (e isso estará provado) o resultado se deu por outra causa. Em termos concretos, isso significa, por exemplo, que, se há um inquérito para apuração do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, mas fica claro que a vítima, meses depois do fato e depois de ter recebido alta hospitalar e ido a uma consulta de acompanhamento posterior, morre por insuficiência renal decorrente da enfermidade *diabetes mellitus*, e não pelas lesões provenientes do acidente de trânsito, a conduta não é causal em relação à morte (mas o é em relação às lesões).

¹⁷⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 368. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 369.

Há consenso na doutrina quanto ao caso mais importante. Não se pode deixar de imputar a realização do tipo penal porque outro autor poderia ter assumido o fato, se o investigado não o fizesse¹⁸⁰. Isso porque

Do contrário, produzir-se-ia a impunidade somente porque, em vez de **um** sujeito decidido a executar o fato, houvera vários dispostos a isso – resultado evidentemente absurdo –. Por isso, não se pode discutir em tais casos o incremento do perigo argumentando que o objeto de proteção típico em qualquer caso estaria perdido e, portanto, não podia seguir sendo posto em perigo pelo autor. O resultado realizado é a realização de um perigo criado exclusivamente pelo autor, e isso é a única característica que se deve levar em conta, sob o ponto de vista dos aspectos normativos¹⁸¹.

Tais ponderações se aplicam aos casos do fuzilamento ilícito, do campo de concentração, do juramento de morte, do envenenamento familiar, da fuga (possível alegação dos acusados contra os funcionários que promoveram o tombamento do edifício), do dano e da pena de morte (nestes, respectivamente, pelo fato de que o patrimônio é disponível apenas ao proprietário e porque, em última análise, o Estado que admite a pena de morte também se vê como proprietário da vida – bem disponível)

De certa maneira, os cursos causais hipotéticos em que não se aventa a atuação de outra pessoa são mais difíceis de se resolver, porque, afinal de contas, qualquer “pessoa” hipotética poderia também deixar de atuar, fazendo esvanecer a origem do resultado, enquanto que aqueles baseados em circunstâncias se utilizam apenas de um juízo de probabilidade para tentar invalidar essa constatação. Uma argumentação mais abrangente, que é válida para todos os casos, pode ser feita através do posicionamento de Roxin acerca da substituição de cursos causais naturais por atos humanos. Se houve a realização, no resultado, de um risco não permitido, pouco importa se o bem jurídico já se encontrava em vias de extinção, por conta de fato **provável**, natural ou produzido por outrem.

Também a indicação de Puppe é de grande valia nesse caso. Em todos os casos acima, estão presentes os critérios da imputação objetiva¹⁸², bem como o nexo de causalidade. Então, supondo a presença dos demais elementos da teoria

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 368. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹⁸¹ Id. Ibid. Tradução nossa, grifo no original

¹⁸² Em ambas as propostas, embora se tome posição, neste trabalho, similar a Roxin, pela superfluidade dos critérios puppeanos, que não trazem, em geral, soluções diversas

do delito (à exceção do exemplo da “colheita”, porque é evidente que ação de crianças não é culpável), deve ocorrer a condenação do agente. Se houvesse a atuação de outras pessoas, poderia também ponderar acerca da condenação ou da absolvição delas, mas tais pessoas ou não existem, ou estão exercendo direitos ou deveres legais, ou, no caso do “desastre aéreo”, não tiveram qualquer influência sobre a vítima, que morreu por conta da ação do assassino.

6.3 ANÁLISE DOS CASOS APRESENTADOS COMO EXEMPLOS DE “COMPORTAMENTOS ALTERNATIVOS AJUSTADOS AO DIREITO”

Resolvida essa questão, inicia-se o tratamento das condutas alternativas ajustadas ao direito.

Ciclista¹⁸³ -- BGHSt 11, 1. O condutor de um caminhão ultrapassa um ciclista sem guardar a distância lateral mínima de segurança, uma vez que realizou a manobra a 0,75 m de distância, enquanto que a norma de dever de cuidado exigia ao menos 1,5 m. Durante a ultrapassagem, o ciclista, por seu estado de forte embriaguez, repentinamente deriva a bicicleta para a esquerda, sendo atropelado pelas rodas traseiras da carreta. Investigação posterior esclarece que, provavelmente, o evento também ocorreria se o caminhoneiro tivesse mantido a distância correta.

Cirurgião¹⁸⁴. Agente dispara contra região vital da vítima, mas esta morre por conta de erro médico. Não está claro se a intervenção, realizada nos moldes prescritos pelo direito, teria evitado esse resultado, devido ao perigo de morte que a própria lesão decorrente do projétil representava.

Pincéis¹⁸⁵. – RGSt 63, 211. Dono de indústria fabricante de pincéis, sem tomar as medidas de desinfecção exigidas pela lei, fornece a seus trabalhadores pelos de cabra contaminados com carbúnculo, causando a morte de quatro empregados. Não está claro se a aplicação correta dos desinfetantes teria evitado as fatalidades.

¹⁸³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 379. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

¹⁸⁴ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 56. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus, op. cit., p. 383.

Motocicleta¹⁸⁶ – BGHSt 24, 31. O motorista de um automóvel, após ter ingerido bebida com teor alcoólico (seu exame de dosagem alcoólica teve como resultado 19 dg de álcool por litro de sangue) desenvolvia uma velocidade entre 100 e 120 km/h, permitida para a via, quando uma motocicleta cruzou em sua frente, a aproximadamente 30 a 40 metros de distância. O agente não conseguiu parar seu veículo, mas, se estivesse sóbrio, possivelmente também não teria conseguido imobilizá-lo.

Ultrapassagem de coletivo¹⁸⁷. Na Alemanha, um veículo deve manter uma distância lateral de dois metros, para poder ultrapassar um ônibus que esteja efetuando embarque e desembarque de passageiros em uma parada, ou então, caso não seja possível, moderar sua velocidade em medida tal que seja possível imobilizar-se, caso necessário, com vistas à segurança do possível pedestre que deseje desembarcar e realizar a travessia da via na frente do coletivo. Em uma situação concreta, um motorista que conduzia seu veículo sem observar a distância lateral prescrita, e em velocidade que impossibilitava sua parada imediata, atropelou uma criança. Defendeu-se afirmando que, mesmo se tivesse respeitado a separação regulada, o evento ainda assim teria ocorrido, porque o infante não olhou para os dois lados antes de atravessar, e o fez correndo.

Em todos os casos, discute-se a dúvida em relação à eficácia da ação tomada. No caso dos pincéis, havia incertezas sobre a própria idoneidade das técnicas de desinfecção em eliminar todo o carbúnculo, não obstante comprovadamente pudessem reduzir o número de fungos nos pelos, o que **talvez** reduzisse o risco de morte¹⁸⁸. Nos demais casos, há um risco alheio à ação analisada, que ou se produz concomitantemente à ação do investigado, ou se iniciou no passado, mas continua presente até o momento do fato. Em dois dos casos (do cirurgião e da ultrapassagem de coletivo), está provado que houve a criação de um risco não permitido, que piorou substancialmente a situação do bem jurídico. Já no caso da motocicleta, embora tenha ocorrido desrespeito à norma que veda a

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 384. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal

¹⁸⁷ PUPPE, Ingeborg. **Teoría de la Imputación Objetiva y su Aplicación Práctica**. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u4OrBzmN1ZM>>. Acesso em: 26 out. 2018

¹⁸⁸ ALEMANHA. Tribunal Imperial de Justiça. Aktenzeichen nº I 1265/28. Berlin, 23 de abril de 1929. **Opinioiusuris**: Die freie juristische Bibliothek. [S.l.]. Disponível em: <<https://opinioiusuris.de/entscheidung/1129>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

embriaguez ao volante, não houve efeitos deletérios significativos ao bem jurídico. Em praticamente cada uma das situações, portanto, as circunstâncias são diversas, o que demandará, também, um ajuste quanto às consequências.

Primeiramente, no entanto, cabe destacar as diferenças entre ambos os grupos de casos. Quem postula reconhecer uma hipótese nos cursos causais hipotéticos segue os seguintes passos: a) retira uma condição, b) constrói, a partir do passado, mas se estendendo ao presente, uma realidade alternativa, na qual a conduta investigada não existiu ou foi adequada ao direito e c) preenche as lacunas c') com pessoas, reais ou imaginárias, que estariam dispostas a fazer, convenientemente, a mesma ação criminosa, ou c'') com circunstâncias ora mais, ora menos prováveis, mas que, faticamente, nem chegam a ocorrer da forma ou no momento esperados, em decorrência do delito.

Em contrapartida, quem quer pôr em discussão as condutas alternativas conforme ao direito deve apenas cumprir o passo “a” e verificar se há alguma dúvida quanto à realização do resultado, que surgirá, em geral, por conta de um risco que existe realmente, ou então, através de um questionamento da própria serventia da norma de cuidado.

Há duas opiniões principais acerca das consequências que devem ocorrer se constatado o cenário das condutas alternativas conforme ao direito. A primeira é a “teoria da evitabilidade” (expressão referida por Greco¹⁸⁹), dominante na doutrina (por exemplo, Frisch¹⁹⁰) e jurisprudência alemãs, segundo a qual, em caso de dúvida acerca da possibilidade de o comportamento correto poder evitar o resultado, deve-se rechaçar a imputação, e a “teoria do incremento do risco”, corrente segundo a qual deve estar certo apenas que houve uma criação de risco proibido que tenha repercutido no resultado, através da piora da condição do bem jurídico plasmada na superação dos limites tolerados de perigo em cada atividade¹⁹¹. Dentre os defensores da teoria do incremento do risco, a imensa maioria defende aplicar o

¹⁸⁹ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123. Prefácio de: Juarez Tavares.

¹⁹⁰ FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995, p. 112. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

¹⁹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 379-380. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

princípio *in dubio pro reo*, porém, em caso de dúvida sobre se houve, em primeiro lugar, incremento do risco¹⁹².

Há muitas razões para ser favorável à teoria do incremento do risco. Do ponto de vista teórico, a maior delas é o próprio fundamento das teorias da imputação objetivas mais recentes. Todos os casos catalogados são atividades em que o risco está inerente, e por isso foram mais intensamente regulados pelo direito. Tais regulações, não raro, preveem limites que não exatamente correspondem às situações normais. Por exemplo, o trecho entre as cidades de Ponta Grossa e Apucarana da rodovia federal BR-376, importante via do Estado do Paraná, está passando por obras de duplicação. Em diversos trechos, a velocidade máxima tolerada, que antes das obras era, em seguimentos fora das serras, de 110 km/h para veículos leves, foi rebaixada para apenas 40 km/h. Obviamente, pelas características físicas da via, seria possível desenvolver, com um grau bastante razoável de segurança, uma velocidade muito maior, o que acaba efetivamente ocorrendo. Porém, a empresa concessionária, ao fixar esses limites, pensa, justamente, nas situações excepcionais, inclusive, talvez principalmente, aquelas em que alguém aja em desrespeito às normas, como um trabalhador que adentra na via de forma desatenta; um veículo que procura ultrapassar pelo acostamento, mas depois não tem espaço para concluir sua manobra, em virtude do estreitamento temporário da pista; uma frenagem brusca, para atender à ordem de parada do sistema “pare e siga”, entre outras. Isso porque medidas como essa visam a prevenir acidentes, que, por definição, são ocorrências raras. Não faria sentido, logo nessas atividades de alto risco, exonerar o agente que comprovadamente descumpriu seu dever, apenas porque há dúvidas acerca de se esse acréscimo de risco efetivamente provocou o resultado; a **idoneidade** para a produção desse resultado, expressa na piora da condição do bem jurídico da vítima, é suficiente.

Acerca do tema, discorre Puppe¹⁹³ que a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, defendida pela doutrina alemã dominante, é equivocada: não se trata de uma questão apta a ser esclarecida pela via probatória, dado que as circunstâncias fáticas desses casos estão, já, aclaradas, concluindo que seu elemento de

¹⁹² GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128. Prefácio de: Juarez Tavares.

¹⁹³ PUPPE, Ingeborg. **Teoría de la Imputación Objetiva y su Aplicación Práctica**. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u4OrBzmN1ZM>>. Acesso em: 26 out. 2018

indeterminação, na realidade, é a própria sorte ou azar da vítima. Além disso, argumenta, pode ocorrer que a análise isolada da conduta do autor leve o intérprete a crer que o resultado era discutível, enquanto que a análise global dos fatores de risco revele que o resultado era praticamente certo. Para Puppe¹⁹⁴, o próprio princípio da evitabilidade, da forma que é utilizado, possui falha metodológica evidente, uma vez que é empregado apenas considerando se a conduta da vítima tornava o resultado evitável para o autor, mas não se a conduta do autor tornava o resultado evitável para a vítima. Se aplicado, portanto, nas hipóteses em que ambos concorreram para o risco, também à contribuição do autor, novamente se chegará ao resultado de que, como ambas as ações tornaram a ação inevitável, a ninguém pode ser imputado o resultado, quando o correto seria a consequência oposta, no sentido de considerar a responsabilidade de todos. Luís Greco¹⁹⁵, por sua vez, assevera que o aumento do risco é a chave para compreender o desvalor do resultado, uma vez que, se a prática da conduta não afetar, de nenhuma maneira, o risco de lesão ao bem jurídico, então a vedação que a norma almeja não terá qualquer sentido. Se, ao avesso, houve um aumento desse risco, foi legitimada. A análise que dá base ao desvalor de ação, a prognose póstuma objetiva, é realizada como se o intérprete ainda não soubesse da existência concreta do resultado, devendo ser complementada, necessariamente, pelo juízo póstumo do incremento do risco, que dá materialidade para o desvalor de resultado¹⁹⁶.

Por outro lado, se há dúvida sobre se houve ou não, incremento do risco, não se pode imputar. Se, anteriormente, já foi referido que, comprovada a criação de risco acima dos níveis permitidos, não havia mais qualquer circunstância fática a ser descoberta, aqui sucede exatamente o oposto. Para ilustrar, pode ser utilizado o exemplo dos pincéis, mas antes deve ser feito um esclarecimento. Pouco menciona a doutrina que, no caso real, não era duvidoso apenas se os procedimentos padrão para desinfecção seriam suficientes para evitar as mortes; era claro somente que, aplicados, iriam diminuir a concentração de carbúnculo nos pelos, mas não se sabia, a não ser por uma inferência leiga pouco fundamentada, se essa diminuição teria

¹⁹⁴ PUPPE, Ingeborg. **Teoría de la Imputación Objetiva y su Aplicación Práctica**. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u4OrBzmN1ZM>>. Acesso em: 26 out. 2018

¹⁹⁵ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127. Prefácio de: Juarez Tavares.

¹⁹⁶ Id. Ibid.

qualquer repercussão na saúde dos funcionários, até porque um dos infectados havia se recuperado totalmente. Tanto é assim que o BGH ordena, ao final do acórdão, que a Corte de Apelação refaça o julgamento em que, recomenda, convoque um especialista para que preste esclarecimentos, assim tornando possível uma decisão consonante com as provas dos autos¹⁹⁷. Fica claro, portanto, que era necessária uma produção probatória mais robusta para entender como ocorreu o evento. Assim, se, por exemplo, o perito fosse convocado, mas respondesse que não seria mais possível testar a eficiência da técnica de sanitização nos pelos, face a uma degradação do material, a absolvição seria devida. Destarte, percebe-se que a existência ou não do incremento do risco é uma questão probatória, eminentemente processual, afeita à própria materialidade do delito, devendo ocorrer a absolvição, em caso de dúvida.

Por fim, faz-se necessário tratar de um ponto que fica obscurecido nas exposições doutrinárias, que é a aplicação do fundamento do requisito da falta de criação de perigo nas situações de incremento do risco. À primeira vista, a discussão não teria pertinência alguma, porque, como já exposto, Roxin trata, separadamente, as situações de falta de criação do perigo, reservado às ações cotidianas, das situações de risco permitido, em que são tratados contextos mais complexos, em que o direito até tolera um limite de produção do risco, mas não mais. No entanto, como afirma Busato¹⁹⁸, tal divisão é, no mínimo, dispensável, porque, em ambos os grupos, o que se tem é um risco permitido, até porque o risco é um critério axiológico, sendo incoerente afirmar que em certas situações ele é ausente, do ponto de vista **natural**, e, em outras, presente, mas tolerável: na realidade, sua presença é intrínseca a toda atividade humana.

Se é assim, o mero fato de uma conduta ultrapassar os limites permitidos de risco não terá qualquer relevância, se não resistir ao filtro da prognose póstuma objetiva, que é o que ocorre no caso da “motocicleta”. Uma fórmula básica de física, segundo a qual a velocidade expressa em quilômetros por hora (km/h) pode ser convertida em metros por segundo (m/s) ao ser dividida por 3,6, revela que, a uma velocidade de 120 km/h, o veículo percorrerá cerca de 33,3 metros por segundo, o

¹⁹⁷ ALEMANHA. Tribunal Imperial de Justiça. Aktenzeichen nº I 1265/28. Berlin, 23 de abril de 1929. **Opiniojuris:** Die freie juristische Bibliothek. [S.l.]. Disponível em: <<https://opiniojuris.de/entscheidung/1129>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁹⁸ BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155.

que significa que o motorista teria, no caso, considerando a distância mínima de 30 metros, aproximadamente 0,9 segundo para esboçar qualquer reação, antes do abalroamento¹⁹⁹. Pois bem, Sivak, Olson e Farmer²⁰⁰ estimam que o tempo de reação para a frenagem de 85% dos motoristas (sóbrios) é de 1,8 segundo. Percebe-se, desde logo, que, excluídas as atuações excepcionalmente ruins ou boas, mesmo motoristas com a capacidade psicomotora inalterada não teriam tempo sequer para pisar no pedal do freio. Sendo assim, percebe-se que o estado de embriaguez do motorista, sem sombra de dúvidas, não teve qualquer influência sobre o risco do resultado morte, razão pela qual a decisão condenatória do BGH está equivocada, assim como a ratificação de seu resultado, promovida por Roxin²⁰¹.

O método aqui empregado, de explicar os conceitos através dos exemplos fornecidos pela doutrina, não deve obnubilar o fato de que, em realidade, tanto os cursos causais hipotéticos como os comportamentos alternativos ajustados ao direito são muito mais formas de argumentação do que características deduzidas dos fatos concretos. No parágrafo imediatamente anterior, por exemplo, foi desenvolvido um raciocínio que atende às exigências da caracterização como comportamento alternativo ajustado ao direito, inclusive, mais especificamente, nos contornos da teoria do incremento do risco, ou seja, foi demonstrado que mesmo a conduta desenvolvida da forma autorizada pelo direito não contribuiria sequer para melhorar a situação do bem jurídico.

O mesmo caso poderia servir de base a uma argumentação delimitável como curso causal hipotético, caso se afirmasse, por exemplo, que de nada adiantaria a conduta praticada, porque a rodovia em que o veículo trafegava era movimentada e outro veículo também poderia ter abalroado a motocicleta, ou ainda, que no momento em que avançou sobre a via preferencial, o motociclista selou seu próprio destino, de modo que a embriaguez, em comparação, foi fator indiferente ao resultado, que, a esta altura, era inevitável. Note-se que, embora esta arguição seja similar à correta, comete dois equívocos: parte de um juízo de probabilidade para

¹⁹⁹ Mesmo considerando, *ad argumentandum tantum*, as medidas mais favoráveis à acusação (100 km/h e 40 metros), seria necessário um tempo de 1,44 segundo.

²⁰⁰ SIVAK; OLSON; FARMER apud TAOKA, George T. Tempo de Reação para Frenagem de Motoristas Não Alertados. **Companhia de Engenharia de Tráfego - São Paulo**: Notas Técnicas, São Paulo, n. 148, 01 ago. 1992, não p. Tradução de: Eng.º Gilberto Monteiro Lehfeld. Disponível em: <<http://www.cetesp.com.br/media/20608/nt148.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 384. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

estimar qual o risco que o bem jurídico corria antes do fato examinado, o que é totalmente irrelevante para fins de imputação; indica a inevitabilidade de um resultado somente através da extensão do juízo de probabilidade até o momento do fato, ao invés de indicar os elementos concretos que a consubstanciam. Deve o hermeneuta, portanto, atentar-se à construção de sua argumentação, pois pode transformar uma situação fática que permite a absolvição, já no plano do tipo objetivo, em imputação certa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há palavras que possam exprimir a riqueza do estudo do direito. Não por acaso, a constante complexificação dessa área de estudo impõe, e ainda mais neste início de século, marcado pela velocidade alucinante da passagem do tempo, uma especialização constante: precisa-se saber cada vez mais, sobre cada vez menos assuntos. A escolha do tema deste trabalho foi realizada nesse espírito.

Desde o século XIX, percebeu-se a necessidade de não se responsabilizar os cursos causais que fossem imprevisíveis ao autor, bem como de impedir o regresso *ad infinitum*. Tentativas de conformar a causalidade aos preceitos da adequação e da relevância falharam, ainda que constituíssem alguns marcos importantes para fundamentar o que viria, especialmente em relação à prognose póstuma objetiva e à interpretação no sentido dos tipos.

Também a teoria da imputação objetiva, que associava a causalidade naturalista a um conceito jurídico autônomo, ficou inicialmente relegada ao sótão da história. Contudo, vista sob o olhar do presente, em que se conhece seu desenvolvimento posterior, torna-se evidente a importância de considerar a causalidade como limite mínimo da imputação, ao lado de critérios mais detalhados.

No mesmo período, Welzel desenvolveu a teoria da adequação social, como forma de crítica ao causalismo. Apontou para a necessidade de se analisar a adequação social das ações como elemento necessário à caracterização do tipo de injusto, sob pena de esgotá-las a uma relação de causa e efeito, toda construída sobre uma falaciosa concepção de que os bens jurídicos seriam perfeitos e imutáveis se os delitos não existissem. Posteriormente, centrando mais fogo no positivismo (e no neokantismo), tenta buscar limites ao legislador e aos juristas em geral, através da defesa de que o direito positivo não poderia ultrapassar as barreiras dos conceitos imutáveis do direito natural, dentre os quais o próprio dolo.

Embora interessante, a concepção ontológica da ação levou ao menosprezo da adequação social e do papel dos legisladores e dos juristas em remodelar e interpretar o direito. Levava, do mesmo modo, a uma inflação do conceito de ação, que, por ser agora entendido como imutável, abria espaço a soluções coerentes apenas teoricamente, mas ruins na prática, como a “teoria estrita da culpa”. Roxin, no entanto, não se limitou à crítica destrutiva, elogiando certos aspectos da teoria

finalista, como a separação do dolo da consciência da ilicitude, e construindo sua própria contribuição: o resgate da imputação objetiva, que reavivou as preocupações com o sentido social da ação e instigou a teoria a elaborar suas próprias vertentes, cada qual com suas características.

Nesta monografia, buscou-se apenas arranhar a superfície de algumas das teorizações mais importantes: Roxin perfectibiliza a pretendibilidade objetiva, ao substituir seu paradigma de interpretação pela teoria do risco, complementando-a, ainda, pela esfera de proteção da norma de cuidado; Jakobs aborda a imputação objetiva em uma perspectiva sistêmica, isolando-a da pessoalidade concreta dos sujeitos investigados; Frisch concorda com parte da doutrina tradicional, especialmente em relação aos delitos culposos, mas defende aguerridamente a legitimidade material da teoria roxiniana, alocando a maior parte dela, porém, no âmbito da conduta típica em sentido estrito, por razões estruturais, deixando para o campo da imputação apenas a afirmação última de que se realizou o risco proibido, ao invés do permitido.

Sucessivamente, empenhou-se em definir os contornos dos cursos causais hipotéticos e das condutas alternativas ajustadas conforme ao direito, a partir dos marcos teóricos da teoria de incremento do risco e da análise global das responsabilidades nas situações delitivas e com o auxílio da identificação das características dos casos trazidos pela doutrina. Na parte final, advertiu-se para a necessidade de se compreender bem as diferentes características e consequências, já que a separação depende mais da alegação realizada do que do fato analisado.

A realização desse trabalho buscou contribuir para o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, a partir da separação clara de dois dos seus grupos de casos mais similares entre si. Mas também, sobretudo, facilitar o trabalho do profissional do direito, evitando-se condenações desnecessárias que sejam fruto de argumentações falhas, em favor de uma abordagem mais objetiva que não responsabilize a vítima, terceiros ou a sociedade em geral pela situação prévia do bem jurídico, ao se basear estritamente nas provas disponíveis, na busca de uma sustentação segura que deixe cristalina a ineficácia do cumprimento dos mandamentos legislativos e regulamentares no caso específico.

Após percorrer todo o percurso já exposto, pode-se afirmar, sucintamente, que o curso causal hipotético é caracterizado pela retirada da condição, criação de

uma realidade hipotética que se inicia no passado, mas que se protraí até o presente, animada por um juízo de probabilidade que considera a atuação de outras pessoas ou o exaurimento de uma circunstância negativa prevista, enquanto a conduta alternativa conforme o direito apenas retira ou adequa a atuação investigada (e apenas ela) aos ditames do direito e indaga acerca da ocorrência do resultado ou do aumento de risco ao bem jurídico, a depender da perspectiva adotada.

Sendo um tema relativamente pouco tratado, essencial é para a consolidação das soluções aqui propostas que este trabalho seja submetido a críticas, em especial devido à sua própria metodologia: é de uma lógica elementar reconhecer que, quando se encontra padrões por meio do método indutivo, não se pode, imediatamente, realizar o caminho oposto (aplicar as características definidas em método dedutivo), porque, à exceção de eventuais problemas quanto à consistência, somente servirá para reforçar o viés de confirmação, ou seja, para convencer-se que as premissas estão corretas. Somente a partir da crítica, pode-se certificar a solidez de uma pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Imperial de Justiça. Aktenzeichen nº I 1265/28. Berlin, 23 de abril de 1929. **Opiniojuris**: Die freie juristische Bibliothek. [S.l.]. Disponível em: <<https://opiniojuris.de/entscheidung/1129>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 188 p.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1096 p.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría Final de la Acción e Imputación Objetiva: Consideraciones sobre la Teoría de la Adecuación Social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 55, p.135-161, jul./ago. 2005. Bimestral. Disponível em: <<https://bit.ly/2OCFrHh>>. Acesso em: 09 out. 2018.

FRISCH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995. 145 p. Tradução de: Manuel Cancio Meliá et. al.

FRISCH, Wolfgang. La Imputación Objetiva: El Estado de la Questión. In: ROXIN, Claus et al. **Sobre el Estado de la Teoría del Delito**: Seminário en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000. Cap. 1. p. 19-67. Tradução de: Ricardo Robles Planas.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 175 p. Prefácio de: Juarez Tavares.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos). 329 p. Tradução de: Orlando Vitorino. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1820.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la Teoria de la Imputación Objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 50, p.09-37, set./out. 2004. Bimestral. Disponível em: <<https://bit.ly/2DgNNm0>>. Acesso em: 03 out. 2018.

JAKOBS, Günther. **La Imputación Objetiva en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996. 127 p. Tradução de: Manuel Cancio Meliá.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. 1113 p. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e Jose Luís Serrano González de Murillo.

LARRAURI PIJOAN, Elena. Introducción a la Imputación Objetiva. **Nuevo Foro Penal**, [S.l.], n. 46, p.425-439, dez. 1989. Semestral. Disponível em:

<publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4143/3387/>. Acesso em: 09 set. 2018.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Libro de Estudio. Parte General.** Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958. 459 p. Tradução de: Ricardo C. Núñez.

PUPPE, Ingeborg. **Teoría de la Imputación Objetiva y su Aplicación Práctica.** Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u4OrBzmN1ZM>>. Acesso em: 26 out. 2018

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** 6. ed. rev. acr. Coimbra: Armênio Amado, 1979. 430 p. (STVDIVM). Tradução e Prefácio de: L. Cabral de Moncada. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1932.

ROXIN, Claus. Contribuição à Crítica da Teoria Finalista da Acção. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Vega, 1986a. Cap. 3. p. 91-143. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1962.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** Lisboa: Vega, 1986b. Cap. 4. p. 145-168. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Tradução recente de obra publicada originalmente na Alemanha no ano de 1970.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.** Madrid: Civitas, 1997. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

ROXIN, Claus. Finalismo: Um Balanço entre seus Méritos e suas Deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 65, p.9-25, mar./abr. 2007. Bimestral. Tradução de: Marina Pinhão Coelho. Disponível em: <<https://bit.ly/2RParFY>>. Acesso em: 14 out. 2018.

STAMMLER, Rudolf. **La Génesis del Derecho.** Madrid: Calpe, 1925. 142 p. Tradução de: W. Roces.

STRUENSEE, Eberhard. El Tipo Subjetivo del Delito Imprudente. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 1, n. 2, p.423-450, jan. 1987. Anual. Tradução de: Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987-20042300450>. Acesso em: 02 out. 2018.

TAOKA, George T. Tempo de Reação para Frenagem de Motoristas Não Alertados. **Companhia de Engenharia de Tráfego - São Paulo: Notas Técnicas**, São Paulo, n. 148, 01 ago. 1992. Tradução de: Eng.º Gilberto Monteiro Lehfeld. Disponível em: <<http://www.cetsp.com.br/media/20608/nt148.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. 271 p. Tradução de: Carlos Fontán Balestra. Tradução de obra originalmente publicada na Alemanha no ano de 1940.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1977. 274 p. Tradução de: Felipe González Vicén. Tradução de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004. 201 p. (Maestros del Derecho Penal). Tradução e Notas de: José Cerezo Mir. Reedição recente de obra publicada originalmente na Alemanha, no ano de 1951

WELZEL, Hans. Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007. p. 15-120. (Maestros del Derecho Penal). Tradução de: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Tradução recente de obra publicada na Alemanha no ano de 1939.